Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch

Zur wettbewerbspolitischen Aufsicht über marktmächtige Unternehmen nach schweizerischem Kartellgesetz und den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern,

vorgelegt von

Markus Dietrich Niederhauser
von Eriswil BE

1977

1978

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch

Zur wettbewerbspolitischen Aufsicht über marktmächtige Unternehmen nach schweizerischem Kartellgesetz und den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern,

vorgelegt von

Markus Dietrich Niederhauser
von Eriswil BE

1978

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 7. Juli 1977 auf Antrag von Prof. Dr. Walter R. Schluep als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 453 der Reihe

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern

UNIV. LEIDEN BIBL.

©
Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1978
Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck
und Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Für Elisabeth
Für meine lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548103_0004

Vorwort

Mein Interesse an wirtschaftlichen Fragen wurde frühzeitig geweckt durch den Einblick in die Tätigkeit meines Vaters. Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep danke ich für seine wohlwollende Anleitung und Unterstützung in der rechtlichen Vertiefung solcher Fragen, und insbesondere für die Förderung und Anteilnahme, die ich während meiner Zeit als Assistent an der Universität Bern empfangen durfte.

La Tour-de-Peilz, 23. Oktober 1977

Inhalt

Literaturverzeichnis ... 10
Abkürzungen ... 14
Einleitung ... 17

1. Kapitel: Das Verbot des Rechtsmissbrauchs als allgemeiner Rechtsgrundsatz ... 19

1. Einleitung ... 19

2. Funktion des Rechtsmissbrauchsverbotes ... 22

3. Missbräuchliche Rechtsausübung als Problem der Gesetzesauslegung ... 23

4. Kriterien missbräuchlicher Rechtsausübung ... 26
4.1. Missachtung des Zwecks ... 26
4.1.1. Zweckbindung der subjektiven Rechte ... 28
4.1.2. Der Zweck als Ergebnis funktionaler Interpretation ... 30
4.1.2.1. Interessen des Einzelnen und Interessen der Gemeinschaft als Gegenstand der subjektiven Rechte ... 35
4.1.2.2. Insbesondere die Interessen der Gemeinschaft: Zur Sozialbindung der subjektiven Rechte ... 35
4.1.2.3. Der Zusammenhang zwischen Sozialbindung und funktionaler Interpretation ... 41
4.1.3. Der Zweck als Ergebnis einer Wertung ... 44
4.1.3.1. Zum Problem der Werterkenntnis ... 45
4.2. Missachtung moralischer Gebote ... 49

5. Rechtsmissbrauch als zweckwidrige Rechtsausübung ... 50

6. Zum Geltungsbereich des Verbotes zweckwidriger Rechtsausübung ... 50
6.1. Geltung auch ohne «Sonderverbindung» ... 50
6.2. Geltung auch bei der Inanspruchnahme von «Rechtslagen» ... 53
6.3. Geltung unabhängig von subjektiven Umständen der Rechtsausübung ... 56

7. Das Verbot zweckwidriger Rechtsausübung als allgemeiner Rechtsgrundsatz ... 57

2. Kapitel: Machtausübung als Rechtsausübung ... 60

1. Vorbemerkungen ... 60

2. Zum Begriff der Macht ... 60
2.1. Macht als Handlungsspielraum ... 60
2.2. Insbesondere die Machtbeziehungen zwischen Gleichgeordneten ... 62

3. Macht und Berechtigung 63

4. Machtmissbrauch als Rechtsmissbrauch 64

3. Kapitel: Missbrauch der Marktmacht als Rechtsmissbrauch 65

1. Einleitung 65

2. Marktmacht: Zum ökonomischen Sachverhalt 66
2.1. Markt und Macht 66
2.1.1. Markt 66
2.1.2. Macht 67
2.2. Wettbewerb als wirtschaftliches Koordinationssystem 67
2.2.1. Wirtschaftlicher Wettbewerb im allgemeinen 67
2.2.2. Funktionsfähiger Wettbewerb 69
2.3. Die marktmächtige Stellung 74
2.3.1. Begriff und Bedeutung 74
2.3.2. Zum Nachweis 75
2.3.2.1. Der relevante Markt 75
2.3.2.2. Die Marktstruktur 78
2.3.2.3. Das Marktverhalten 80
2.3.2.4. Die Marktergebnisse 80
2.3.2.5. Die Unternehmensstruktur 81

3. Die rechtliche Erfassung der Marktmacht 82
3.1. Wettbewerb als rechtliche Norm der wirtschaftlichen Koordination 82
3.1.1. Wettbewerb als Element der Wirtschaftsverfassung 83
3.1.1.1. Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung 83
3.1.1.2. Die Wirtschaftsverfassung als Katalog von Zielen und Mitteln 85
3.1.1.3. Wettbewerb als Ziel und als Mittel der Wirtschaftsverfassung 86
3.1.2. Die konkrete Wettbewerbsordnung als Rechtsinstitut 88
3.1.3. Wettbewerbsregeln als Norm und als Sicherung des Wettbewerbs 90
3.2. Die Rechtsposition der Wettbewerber 92

4. Missbrauch der Marktmacht 93
4.1. Systemwidrige Ausnützung des Handlungsspielraumes 93
4.1.1. Der Sachverhalt 93
4.1.2. Zum Nachweis 96
4.2. Zweckwidrige Rechtsausübung 97

4. Kapitel: Zweckgerechtes Verhalten marktmächtiger Unternehmen nach schweizerischem Kartellgesetz und EWG-Vertrag 99

1. Einleitung 99

2. Zur wettbewerbspolitischen Referenzsituation als Verhaltensmassstab 99

3. Schweizerisches Kartellgesetz 100
3.1. Ausgangslage 100
3.2. Marktprozess 103

3.3. Marktergebnisse ... 109
3.4. Einzelfallentscheide statt Referenzsituation ... 110

4. EWG-Vertrag ... 112
4.1. Ausgangslage ... 112
4.2. Marktprozess ... 116
4.3. Marktergebnisse ... 118
4.4. Die wettbewerbspolitische Referenzsituation ... 121

Zusammenfassende Schlussbemerkungen ... 123

Literaturverzeichnis

Im Literaturverzeichnis aufgeführte Werke werden nur mit dem Namen des Autors, allenfalls zusammen mit dem beigefügten Stichwort zitiert. Weitere Literaturangaben in den Anmerkungen.

ALLEMANN, H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmung, WuR *1965*, 213ff. *(Marktmächtige Unternehmung)*.

ARNDT, H., Ökonomische Theorie der Macht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Bd. 20/I, 2. A., Berlin 1971, 99ff. *(Macht)*.

BALDI, M., Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, Diss. St. Gallen 1972.

BARTHOLOMEYCZIK, H., Marktbeherrschende Unternehmen, §§ 22–24 GWB, in: MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 1963; Novelle 1965 zum Gesetz..., 1966.

BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W., Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. 1, Wettbewerbsrecht, 11. A., München 1974 *(Wettbewerb)*.

BAUR, J. F., Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972.

BIEDENKOPF, K. H., Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, FS Böhm, Karlsruhe 1965 *(Wirtschaftliche Macht)*.

– Rechtsfragen der Konzentration, ZBJV *1972* 1ff. *(Konzentration)*.

BORCHARDT, K./FIKENTSCHER, W., Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.

BUCHER, E., Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.

BÜRGI, W. F., Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit», Bern 1939.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, vom 18. September 1961, BBl. *1961* II 553ff. *(Botschaft KG)*.

BURKI, P.-H., Le problème de l'abus de positions dominantes des grandes entreprises dans le Marché Commun, thèse Lausanne 1968.

BUSS, E., Der Wettbewerb, Tübingen 1973.

DABIN, J., Le droit subjectif, Paris 1952.

DAVID, R., Le droit français, tome 1, Les données fondamentales du droit français, Paris 1960.

DESCHENAUX, H., Traité de droit civil, tome II, 1, Le titre préliminaire du code civil, Fribourg 1969.

DROLSHAMMER, J. I., Marktmächtige Unternehmen im Kartellgesetz, Diss. Zürich 1975.

EGGER, A., Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 1, Einleitung und Personenrecht, 2. A., Zürich 1930.

ESSER, J., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. A., Tübingen 1974 *(Grundsatz)*.

– Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 3. A., Karlsruhe 1968 *(Schuldrecht)*.

FERID, M., Das französische Zivilrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren, Recht der Schuldverhältnisse, Frankfurt a. M./Berlin 1971.

FIKENTSCHER, W., Systemfragen im europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, FS Böhm, Karlsruhe 1965, 261ff. *(Systemfragen)*.

GABRIEL, S. L., Missbrauch wirtschaftlicher Macht: Kriterien, Verfahren, Massnahmen, WuW *1968* 581ff.

GALLWAS, H.-U., Der Missbrauch von Grundrechten, Berlin 1967.

GEHLEN, A., Stichwort «Macht», I, Soziologie der Macht, HdSW, Bd. 7.

GEILER, K., Macht und Recht, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1949.

GERMANN, O. A., Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. A., Bern 1967.

VON GIERKE, O., Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Ausgabe Frankfurt a. M. 1948.
GIERSCH, H., Allgemeine Wirtschaftspolitik, Grundlagen, Wiesbaden 1961.
VON DER GROEBEN, H./VON BOEKH, H./THIESING, J., Kommentar zum EWG-Vertrag, Bde. 1, 2, 2. A., Baden-Baden 1974.
GYGI, F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR *1970* II 265 ff.
HAUSER, R., Stichwort «Macht», in: Staatslexikon Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Bd. 5, Freiburg i. Br. 1960.
HERDZINA, K., Marktstruktur und Wettbewerb, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften *1973* 267 ff.
HEUSS, E., Macht oder ökonomisches Gesetz, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, *128* 185 ff.
HINDERLING, H., Persönlichkeit und subjektives Recht, Basel 1963.
HIRSCH, E. E., Kontrolle wirtschaftlicher Macht, Bern 1958.
HOMBURGER, E., Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR *1970* II 1 ff.
HOPPMANN, E., Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: Kartell- und Monopolrecht, Gottlieb Duttweiler Institute, Rüschlikon/Zürich 1973, 1 ff. *(Bedeutung des Kartellrechts)*.
– Workable Competition, ZBJV *1966* 249 ff. *(Workable Competition)*.
HUBER, H./TUCHTFELDT, E., Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?, Bern 1970.
HUBER, K., Über den Rechtsmissbrauch, Bern 1910 (KARL HUBER).
JÖHR, W. A./SINGER, H. W., Die Nationalökonomie im Dienste der Wirtschaftspolitik, 2. A., Göttingen 1964.
JOLIET, R., Monopolization and Abuse of Dominant Position, La Haye 1970.
JOSSERAND, L., De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2. A. Paris 1939.
JUNOD, CH.-A., Problèmes actuels de la constitution économique suisse, ZSR *1970* II 591 ff.
KAUFER, E., Die Bestimmung von Marktmacht, Bern 1967.
Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Erster Bericht über die Entwicklung der Wettbewerbspolitik, Brüssel/Luxemburg 1972; Zweiter (bis Fünfter) Bericht..., 1973 (bis 1976). *(1. [bis 5.] Wettbewerbsbericht)*.
KREUTZ, P., Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung nach Art. 86 EWGV, Köln 1971.
KRONSTEIN, H., Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, in: Recht und wirtschaftliche Macht, Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, 69 ff.
KUMMER, M., Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern, 1960 *(Schutzgut)*.
LANGEN, E., Marktbeherrschung und ihr Missbrauch nach Art. 86 des EWG-Vertrages, Baden-Baden 1959.
LARENZ, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. A., Berlin/Heidelberg/New York 1969.
LENEL, K. O., Vollständiger und freier Wettbewerb als Leitbilder für die Wettbewerbspolitik gegenüber mächtigen Unternehmen, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, FS Böhm, Tübingen 1975, 317 ff.
MACHLUP, F., Stichwort «Wettbewerb», III, Wirtschaftstheoretische Betrachtungen, HdSW, Bd. 12, 36 ff.
MARKERT, K., Wettbewerb und Wirtschaftspolitik in der EWG, in: La Constitution Economique Européenne, La Haye 1971, 207 ff.
MARTIN, A., L'abus du droit et l'acte illicite, ZSR *1906* 21 ff.
MATILE, J., Problèmes du droit suisse des cartels, ZSR *1970* II 159 ff.
MEIER-HAYOZ, A., Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1, Einleitungsband, Art. 1 ZGB, Bern 1962.
MERZ, H., Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1, Einleitungsband, Art. 2 ZGB, Bern 1962.

– Das Wettbewerbsrecht, in: FS Marbach, Bern 1962, 355ff. *(Das Wettbewerbsrecht)*.
– Das Recht als soziale Ordnungsmacht, Bern 1964 *(Ordnungsmacht)*.
– Kartellrecht Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, WuR *1966* 1ff. *(Kartellrecht)*.
– Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967 *(Kartellgesetz)*.

Mestmäcker, E.-J., Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959 *(Das marktbeherrschende Unternehmen)*.
– Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974 *(Europ. Wettbewerbsrecht)*.

Moeschel, W., Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974.

Radbruch, G., Rechtsphilosophie, 8. A., Hrsg. Wolf E./Schneider, H.-P., Stuttgart 1973.

Raiser, L., Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, ZBJV *1961* 121ff. *(Subjektives Recht)*.
Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius summa iniuria, Tübingen 1963 *(Rechtsschutz)*.

Ripert, G., Stichwort «abus de droit» in: Encyclopédie Dalloz, Droit civil, tome 1, 1. A., Paris 1951, 28ff.

Röpke, W., Stichwort «Wettbewerb», II, Ideengeschichte und ordnungspolitische Stellung, HdSW, Bd. 12, 29ff.

Roulet, J.-D., Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public, Neuchâtel 1958.

Rüthers, B., Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zürich 1970.

Sambach, E., Untersuchungen zum Problem der wirtschaftlichen Macht, Diss. Frankfurt a. M., 1959.

Scherer, J., Die Wirtschaftsverfassung der EWG, Baden-Baden 1970.

Schluep, W. R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955 *(Die wohlerworbenen Rechte)*.
– Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964 *(Markenrecht)*.
– Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, Bern 1965, 381ff. *(Markenschutzgesetz)*.
Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, WuR *1966* 36ff. *(Rule of Reason)*.
– Was ist Wirtschaftsrecht?, in: FS Hug, Bern 1968, 25ff. *(Wirtschaftsrecht)*.
Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, WuR *1969* 193ff. *(Kontrahierungspflicht)*.
Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, FS Marbach, Bern 1972, 103ff. *(Behinderungsverbot)*.
Die kartell- und monopolrechtlichen Fragestellungen, in: Kartell- und Monopolrecht, Gottlieb Duttweiler Institute, Rüschlikon/Zürich 1973, 17ff. *(Die kartellrechtlichen Fragestellungen)*.
– Allgemeines Wirtschaftsrecht und Schweizerisches Kartellgesetz, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, FS Böhm, Tübingen 1975, 569ff. *(Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz)*.
- Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, FS Sieber, Bern, 1976, 95ff. *(Schweizerische Wettbewerbspolitik)*.

Schmidt, I., US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973.

Schürmann, L., Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Textausgabe mit Erläuterungen, Zürich 1964 *(Kommentar)*.

Siegwart, A., Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Fribourg 1936.

Soergel Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10. A., Stuttgart 1967ff. (Soergel/*Bearbeiter*).

Sohmen, E., Wettbewerbskonzeptionen und Wirtschaftspolitik, in: Verstehen und Gestalten der Wirtschaft, FS Lutz, Tübingen 1971, 99ff.

Spengler, A., Wettbewerbsbeschränkungen im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Müller-Henneberg/Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 1963, 1394ff.
Stammer, O., Stichwort «Macht», in: Wörterbuch der Soziologie, 2. A., Stuttgart 1969, 650ff.
Tuor, P., Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. A., Zürich 1968.
Voelkel, H., Die Regelung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft, Diss. Freiburg i. Br. 1971.
Vogelenzang, P., Abuse of a Dominant Position in Article 86; the Problem of Causality and some Applications, CMLR *1976* 61ff.
von Wiese, L., Stichwort «Wettbewerb», I, Soziologische Einordnung, HdSW, Bd. 12, 25ff.
Willeke, F.-U., Grundsätze wettbewerbspolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973.
Willemsen, A., Wettbewerbstheorie – Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, Bern 1971.
Zacher, H. F., Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, nachgedruckt in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Frankfurt 1971, 549ff.
Zippelius, R., Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München/Berlin 1962.

Abkürzungen

A.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv der zivilistischen Praxis
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheid des Bundesgerichtes
CDE	Cahiers de droit européen
CMLR	Common Market Law Review
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EFTAV	Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
FS	Festschrift
GRUR int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Auslands- und internationaler Teil)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1959ff.
Hrg.	Herausgeber
JZ	Deutsche Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen
N	Note
NF	Neue Folge
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
sc.	nämlich
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg.	Sammlung der Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
Sp.	Spalte
Sten. Bull.	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
Tb.	Teilband
u.	und
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
verf.	vervielfältigt
VKK	Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission

VO	Verordnung
WuR	Wirtschaft und Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Einleitung

«Missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht» wird in einer Marktwirtschaft jenen Unternehmen zur Last gelegt, welche aus eigener Kraft, ohne kartellistische Vereinbarungen, den wirtschaftlichen Wettbewerb auszuschalten scheinen. «Missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht» ist auch von manchen Kartellgesetzen, welche zur Erhaltung dieses Wettbewerbs erlassen worden sind, ausdrücklich oder sinngemäss als Sammelbegriff für jene Sachverhalte übernommen worden, die das Eingreifen der mit der Aufsicht über den Wettbewerb betrauten Behörden nach sich ziehen. Bei der Anwendung solcher Gesetze stellt sich jeweilen die Aufgabe, dem unscharfen, zuweilen polemischen Begriff der Umgangssprache einen rechtlich verbindlichen Sinn abzugewinnen.

Die vorliegende Arbeit versucht, zur Lösung dieses Problems einen Beitrag zu leisten. Zunächst unabhängig von konkreten Gesetzen und daher in einem deduktiven Vorgehen soll ein rechtlicher Begriff der «missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht» erarbeitet werden. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Hypothese, dass es dabei zweckmässig ist, beim allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot anzusetzen. Einen Zusammenhang zwischen «Missbrauch der Marktmacht» und «Rechtsmissbrauch» gibt es aufgrund sprachlicher Verwandtschaft; die Meinungen sind jedoch geteilt, ob auch eine inhaltliche Übereinstimmung besteht[1]. Das ist nicht zuletzt auf unterschiedliche Auffassungen über den Begriff des «Rechtsmissbrauchs» zurückzuführen, mit welchem sich daher ein erster Teil der Ausführungen befassen wird. Daran schliessen sich Erörterungen zur «Marktmacht» an, die, ausgehend vom ökonomischen Sachverhalt, der Bedeutung dieses Begriffes im Umfeld kartellrechtlicher Regelung des Wettbewerbs nachgehen sollen.

Soweit sich aufgrund theoretischer Überlegungen das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht unter das Rechtsmissbrauchsverbot subsumieren lässt, bleibt die praktische Konsequenz dieses Ergebnisses nachzuweisen. Es ist in einem letzten Teil zu untersuchen, ob damit eine inhaltliche Klärung der entsprechenden Bestimmungen des schweizerischen Kartellgesetzes und des EWG-Vertrages erreicht werden kann. Das Kartellgesetz erscheint

[1] Als Beispiele für die divergierenden Auffassungen seien angeführt: SCHÜRMANN, Missbrauchsprinzip oder Verbotsprinzip, in: Kartell- und Monopolrecht, Gottlieb Duttweiler Institute, Rüschlikon/Zürich 1973, 33 ff., 36 ff.; LANGEN, 50, Anm. 50; diese Autoren gehen bei der Auslegung des KG vom Begriff des Rechtsmissbrauches aus; ablehnend DESCHENAUX, Aspects d'une révision de la loi sur les cartels et organisations analogues, ZBJV *1974* 121 ff., 131. Im Zusammenhang mit Art. 86 EWGV spricht BURKI, 68, von «abus de droit»; a. M. hier LANGEN, 50; KREUTZ, 9; IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, 630.

als ein besonders geeignetes Untersuchungsobjekt, gilt es doch, obschon in keiner seiner Bestimmungen ausdrücklich von Missbrauch die Rede ist, als der Prototyp einer auf dem Missbrauchsprinzip basierenden Regelung des Wettbewerbs und gehört es in eine Rechtsordnung, in welcher das Rechtsmissbrauchsverbot ganz allgemein von grosser Tragweite ist[2]. Die Wettbewerbsregeln des EWGV bilden eine Ordnung, die, was die Aufsicht über marktmächtige Unternehmen anbelangt, ausdrücklich vom Missbrauchsverbot ausgeht, und deren Bedeutung auch für Unternehmen, die nicht in der EWG selber ihren Sitz haben, nicht besonders zu betonen ist.

[2] Vgl. SCHÜRMANN (vorn Anm. 1), 38.

1. Kapitel: Das Verbot des Rechtsmissbrauchs als allgemeiner Rechtsgrundsatz

1. Einleitung

Das Rechtsmissbrauchsverbot ist fester Bestandteil des juristischen Begriffsarsenals; allerdings besteht über seine Tragweite und Wirkungsweise einige Unsicherheit, sofern ihm nicht überhaupt (zumindest vordergründig) jede Geltung abgesprochen wird [1]. Jedenfalls kann man ohne weiteren Nachweis nicht von einer «methodisch im wesentlichen gesicherten Lehre vom Rechtsmissbrauch» [2] sprechen, wenn man versucht, von den speziellen und bekannten Rechtsmissbrauchsfällen abstrahierend, das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeingültiges Prinzip darzustellen.

Es wird im folgenden nicht angestrebt, die umfassende Definition eines Begriffes zu entwickeln, der schon rein terminologisch Bedenken erweckt. Vielmehr geht es darum, das «Wesen» des Rechtsmissbrauchs zu erkennen, nämlich den oder die Gedanken, für welche das Wort gleichsam als Chiffre steht [3]. Ausgangspunkt ist dabei das Rechtsmissbrauchsverbot, wie es in Art. 2 II ZGB ausdrücklich statuiert ist: «Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz». Jedoch wird es sich als notwendig erweisen, auch der Bedeutung des Prinzips in anderen Rechtsordnungen nachzugehen. Alsdann wird sich beurteilen lassen, ob es auch auf den Tatbestand des Machtmissbrauchs angewendet werden kann [4].

[1] So scheinen weder das italienische noch das angelsächsische Recht den Begriff des Rechtsmissbrauchs anzuerkennen; vgl. ROULET, 29ff. Das italienische Recht, so ROULET, 31, «... s'attache à découvrir les points de friction eventuels et à les réglementer par des normes spécifiques». M. A. MILLNER, Contrasts in Contract and Tort, in: Keeton/Schwarzenberger, English Law and the Common Market, London 1963, 68ff., 81, stellt für den angelsächsischen Rechtskreis fest: «We are, however, obliged to use other, more closely defined rules... All of these, though they stem, no doubt, from the same underlying considerations as do the civil law rules, do not congeal into generalised categories or ‚blank norms', such as appear in the provisions of Continental codes, and are therefore less readily extended to novel situations». Ferner JUCKER, Das angloamerikanische Billigkeitsrecht, SJZ *1957* 81ff., 97ff., 102: «Im englischen Recht ist auch heute noch der *Rechtsmissbrauch* erlaubt.»
Darauf ist am Ende dieses Kapitels noch einmal zurückzukommen, vgl. 7.

[2] GALLWAS, 7.

[3] Vgl. LARENZ, 487ff.

[4] Wie sich aus den Ausführungen in diesem Kapitel zeigen wird, ist die hier vertretene Auffassung vom Rechtsmissbrauchsverbot zu einem guten Teil in jenem Bereich des Rechts entwickelt worden, welcher die rechtliche Ordnung des Wirtschaftslebens zum Gegenstand hat. Wo nun gerade untersucht werden soll, ob ein speziell wirtschaftlicher Sachverhalt - die missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht – als Variante des Rechtsmissbrauchsverbotes in seiner generellen Bedeutung gesehen werden kann, besteht daher die Gefahr, den allgemeinen Begriff so zu umschreiben, dass das erhoffte Ergebnis eintreffen muss. Ziel dieser Arbeit ist es jedoch, gerade nicht einen neuen Begriff - etwa «Wirtschaftsrechtsmissbrauch» – zu entwickeln, sondern ein wenn nicht neues, so doch

Auf die Folgen, die der Missbrauch eines Rechtes nach sich ziehen kann, wird nicht näher eingetreten. Es soll der Hinweis genügen, dass nach dem Wortlaut von Art. 2 II ZGB der Rechtsmissbrauch «keinen Rechtsschutz» findet; dass im weiteren die missbräuchliche Rechtsausübung (unter dem Blickwinkel des Privatrechts) eine widerrechtliche oder sittenwidrige Verletzung Dritter sein und, bei Verschulden, zu den entsprechenden Schadenersatzpflichten führen kann[5]. In diesem Sinne ist das (missbräuchlich ausgeübte) Recht das «Mittel», welches zur Begehung der unerlaubten Handlung gedient hat.

Der Blick richtet sich im folgenden also allein auf die Inanspruchnahme eines Rechtes; aktuell wird dabei die Frage des Rechtsmissbrauchs freilich nur dann, wenn in der Folge fremde Interessen verletzt oder doch gefährdet werden.

Das Wort «Rechtsmissbrauch» leidet an einem «inneren Zwiespalt»[6] und erweckt einen «Eindruck des Widersinns»[7]; es erstaunt daher nicht, wenn viele Juristen den Begriff des Rechtsmissbrauchs an sich abgelehnt haben, zumal in jenem Zeitpunkt, da der historisch entwickelte Satz[8] in das Gesetz aufgenommen werden sollte. Die damals gegen Art. 2 II ZGB vorgebrachten Bedenken sind heute in den Hintergrund getreten[9], aber ein Hinweis auf sie ist gerechtfertigt, weil sie geeignet sind, die Problematik des Rechtsmissbrauchsbegriffes zu verdeutlichen.

MARTIN, der sich besonders deutlich gegen die Idee des Rechtsmissbrauchs gewandt hat, sieht im Rechtsmissbrauchsverbot eine Ausgeburt des Sozialismus[10], einen Angriff gegen den Individualismus[11], und wendet sich dagegen, die Rechtsausübung nach dem mit ihr verfolgten Ziel zu beurteilen[12]. Sodann ist nach seiner Ansicht der Ausdruck «Missbrauch eines Rechtes» eine terminologische Unmöglichkeit[13]; des weiteren ist das Rechtsmissbrauchsverbot auch

heute besonders aktuelles Problem mit bekannten rechtlichen Grundsätzen einer Lösung näher zu bringen.

[5] Vgl. MERZ, Art. 2 ZGB N 84. Zum deutschen Recht vgl. SOERGEL MORMANN, § 226 BGB N 21, 23; SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 173.

[6] MERZ, Art. 2 ZGB N 13.

[7] MERZ, Art. 2 ZGB N 21.

[8] MERZ, Art. 2 ZGB N 117; STÄHELIN, Zu Art. 3 I des Zivilgesetzentwurfs, ZSR *1907* 355 ff., 376. Die Lehre vom Rechtsmissbrauch hat ihren Anfang im römischen Recht genommen (bona fides, exceptio doli), vgl. BÜRGI, 98 ff.; MERZ, Art. 2 ZGB N 13 ff.; JOSSERAND, N 268; DESCHENAUX, Le traitement de l'équité en droit suisse, Recueil des travaux suisses présentés au VIII[e] Congrès international de droit comparé, Basel 1970, 27 ff., 29; SIEBERT, Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs, Berlin 1935, 12 f.; KARL HUBER, 7 ff. Die Verwandtschaft mit der deliktsrechtlichen exceptio doli ist vor allem für den Begriff des abus de droit im französischen Recht noch von Bedeutung, vgl. RIPERT, N 6.

[9] Vgl. immerhin die Ausführungen bei ROULET, 19 ff.

[10] MARTIN, 33.

[11] MARTIN, 28.

[12] MARTIN, 29, 45 f.

[13] MARTIN, 31, 33.

gar nicht notwendig, weil die Probleme des gerechten Ausgleichs und der moralischen Bindung (um die es beim Rechtsmissbrauch gehe) mit der Figur der unerlaubten Handlung zu lösen sind [14]. Demnach wäre jeweilen zu fragen, ob eine festgestellte Verletzung Dritter, die sich aus der Ausübung eines scheinbar gegebenen Rechtes ergibt, die Folge einer Überschreitung dieses Rechtes ist.

Wo aber liegt die Grenze dieses Rechts? «La difficulté consiste à établir exactement la délimitation de la sphère juridique de chaque individu [15].» «Il n'est pas possible de donner un critère absolu ... [16].» Doch gibt es einen Weg, im Einzelfall diese Grenze zu bestimmen: «Les droits subjectifs sont garantis à l'homme pour qu'il puisse développer ses facultés et satisfaire ses intérêts legitimes ... [17].» Und wenn auch diese Interessen nicht nach den Forderungen der Moral bestimmt werden dürfen, wenn jedenfalls moralische Pflichten nicht mit rechtlichen Sanktionen versehen werden dürfen [18], so stellt MARTIN doch fest: «Il y a des choses ... qui sont moralement impossibles [19].» Schliesslich hätte nach Ansicht MARTINS mit der Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes die Rechtssicherheit zu leiden, weil der Richter ohne objektive Leitsätze allein nach seinem subjektiven Empfinden entscheiden müsste [20].

Auch wenn man nicht wie MARTIN und andere Autoren aus den angeführten Gründen die Lehre vom Rechtsmissbrauch an sich ablehnt [21], so ist doch festzuhalten: Die aufgeworfenen Probleme bestehen und müssen im Rahmen des Rechtsmissbrauchsbegriffes gelöst werden. Und die Überlegungen zur unerlässlichen Abgrenzung der Rechte laufen im Ergebnis ungefähr auf das hinaus, was im folgenden als Inhalt des Rechtsmissbrauchsverbotes zu entwickeln ist.

Wegen seines «valeur pratique» [22] als prägnante Umschreibung dieser Aufgabe, die einzelnen Rechte einzugrenzen, hat der Begriff des Rechtsmissbrauchs eine beachtliche Verbreitung, wenn auch nicht eine unbestritten anerkannte Bedeutung gefunden; zu seiner Befestigung hat auch die Tatsache beigetragen, dass der positivistische Glaube an den Gesetzestext als einzige Rechtsquelle verflogen ist [23].

[14] MARTIN, 52.
[15] MARTIN, 39.
[16] MARTIN, 40.
[17] MARTIN, 48.
[18] MARTIN, 34.
[19] MARTIN, 56.
[20] MARTIN, 55. Dazu ferner HEUBERGER, Über einzelne Bestimmungen des Entwurfes des schweizerischen Civilgesetzbuches, ZSR *1905* 117ff., 134ff.; ROULET, 22f.
[21] Martin legt im ganzen zuviel Gewicht auf die in sich widersprüchliche Begriffsbildung «Rechtsmissbrauch», übersieht aber umgekehrt, wenn er die feste Regel «qui suo iure utitur neminem laedit» vorzieht (MARTIN, 60), dass das ius schon interesse- und zweckgebunden sein kann, mithin die Paroemie über die (richtige) Rechtsausübung nichts aussagt; vgl. SIEBERT (vorn Anm. 8), 9.
[22] RIPERT, N 5.
[23] BÜRGI, 119.

Terminologisch lässt sich zum Wort «Rechtsmissbrauch» schon hier soviel klarstellen: Es ist zu verstehen als Gegenstück zum «Rechtsgebrauch». Zumeist spricht man aus Gründen der Eindeutigkeit allerdings vom «richtigen Rechtsgebrauch». Dabei handelt es sich bei näherer Betrachtung um eine überflüssige Verdoppelung, weil das Wort «Recht» die Qualifizierung als «richtig» schon enthält[24]; darauf beruht ja auch der innere Widerspruch des Rechtsmissbrauchsbegriffes.

Rechtsgebrauch (oder -missbrauch) kann ein Tun oder Unterlassen sein, ist also allgemein: ein Verhalten unter Inanspruchnahme eines Rechtes. Daher ist die Auffassung abzulehnen, die sagt, dass rechtsmissbräuchlich handelt, wer fehlerhaft handelt, ohne sich auf ein bestimmtes Recht zu beziehen[25]. Im Gegenteil ist immer das Zurückführen eines Verhaltens auf eine entsprechende Berechtigung Ansatzpunkt für die Frage nach einem allfälligen Missbrauch.

2. Funktion des Rechtsmissbrauchsverbotes

Wenn man davon ausgeht, dass das Rechtsmissbrauchsverbot sich auf die Ausübung eines Rechtes bezieht, können für das Folgende alle Verhaltensweisen beiseite gelassen werden, welche eine Rechtsüberschreitung darstellen. Unter Überschreitung ist hier zu verstehen die Missachtung der positiven, formalen Schranken eines Rechts; unter Missbrauch die Ausübung eines Rechtes, die sich im Rahmen dieser Schranken bewegt, aber aus anderen Gründen nicht zulässig ist. Daraus folgt, dass Missbrauch und Überschreitung (nur) dann identisch sind, wenn keine anderen materiellen Grenzen als die gesetzlichen Schranken die Rechtsausübung binden; von diesen seltenen Fällen abgesehen, hat das Rechtsmissbrauchsverbot gerade die Aufgabe, diese Grenzen der Rechtsausübung genauer abzustecken[1].

Es geht also jeweilen um die Beantwortung der Frage, ob das formale Recht (der Wortlaut des Gesetzes) und sein materieller Inhalt sich decken, oder ob nicht vielleicht dieser einen engeren Bereich umfasst, als es auf den ersten Blick der Fall zu sein scheint. Eine derartige Diskrepanz ist oft nicht zu vermeiden,

[24] MERZ, Ordnungsmacht, 8.

[25] So aber RIPERT, N 107.

[1] Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Sachenrecht, 1. Abt. Das Eigentum, 2. Tb. Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. A., Bern 1974, Art. 679 ZGB N 34, 87; L'HUILLIER, La responsabilité du propriétaire foncier selon l'article 679 du Code Civil suisse, ZSR *1952* I a ff., 23 ff. RIPERT, N 9 ff., fasst dagegen unter dem Begriff abus de droit sowohl die Fälle eindeutiger Gesetzesverletzung wie auch jene Fälle zusammen, bei welchen es um die auslegungsmässige Präzisierung eines Rechtsinhaltes geht. Die heutige französische Doktrin scheint allerdings ebenfalls die im Kontext dargestellte Auffassung zu vertreten, vgl. FERID, 190 f.

weil einerseits die Sprache es nicht immer ermöglicht, eine Aussage eindeutig und für jedermann mit genau gleicher Bedeutung festzuhalten, und weil es andererseits ausgeschlossen ist, in einem Gesetz als generell-abstrakter Norm alle denkbaren Anwendungsfälle ausdrücklich zu regeln[2]. Im übrigen sind Normen, welche einen Sachverhalt eingehend regeln, der Gefahr des Missbrauchs nicht weniger als Generalklauseln ausgesetzt, weil auch sie der Eingrenzung auf den materiellen Gehalt im Einzelfall bedürfen. Will der Gesetzgeber ausdrücklich dem Rechtsmissbrauch vorbeugen, kann er es nur mit Hilfe besonderer Normen, wie Art. 2 II ZGB, tun[3].

Kurz gefasst lässt sich daher die Funktion des Rechtsmissbrauchsverbotes beschreiben als «Grenzkontrolle sachgemässer Rechtsausübung»[4]. Dagegen will der Begriff des Rechtsmissbrauchs keineswegs neben der erlaubten und der unerlaubten Rechtsausübung eine dritte Kategorie schaffen. Ist diese Grenzbestimmung nämlich einmal vollzogen, kann eine Handlung zweifelsfrei der einen oder anderen Kategorie zugewiesen werden.

3. Missbräuchliche Rechtsausübung als Problem der Gesetzesauslegung

Hat das Rechtsmissbrauchsverbot die Aufgabe, vom formalen Wortlaut zum materiellen Inhalt eines Rechtes zu führen, so hat man es ersichtlich mit einer Frage der Auslegung dieses Rechtes zu tun[1].

Um die Auslegung der Rechte geht es auch beim Gebot des Handelns nach Treu und Glauben. Somit stellt sich die Frage nach dem gegenseitigen Verhältnis zwischen dem Gebot von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot (welche im ZGB im gleichen Art. 2 vereint sind)[2]. Eine einheitliche Stellungnahme ist hiezu der Literatur nicht zu entnehmen, doch handelt es sich nicht um Unterschiede grundsätzlicher Natur.

Karl Huber hält das Gebot von Treu und Glauben für identisch mit dem Rechtsmissbrauchsverbot, wobei der erste Ausdruck hauptsächlich im Vertragsrecht verwendet werde; beide Male gehe es um die Interpretation eines

[2] Vgl. Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 132ff.; ferner Gygi, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 1. A., Bern 1969, 140: Die mangelnde Bestimmtheit einer Norm kann dazu dienen, diese für künftige Änderungen der Realien oder der Wertungen offenzuhalten.

[3] Karl Huber, 54.

[4] Esser, § 242 und die Privatautonomie, JZ *1956* 555ff., 556 (zu § 242 BGB).

[1] Merz, Art. 2 ZGB N 28, 30ff., 42, 46; Diller, «Rechtsmissbrauch», Staatslexikon, Bd. 6, Freiburg i. Br. 1961, Sp. 664ff., 665.

[2] Art. 2 ZGB: «Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.
Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.»

Rechtes[3]. Gleich EGGER[4]: Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist das Gebot von Treu und Glauben in negativer Umschreibung. Nach BÜRGI ist jenes nicht etwa eine «Unterabteilung» von diesem oder eine «besondere weitere Maxime»[5]. Auch für SCHLUEP handelt es sich beim Rechtsmissbrauchsverbot im Verhältnis zum Gebot von Treu und Glauben nicht um einen neuen Grundsatz, sondern Rechtsmissbrauch ist die «...offenbare Störung des Gleichgewichts, das Treu und Glauben anstreben»[6].

Eine etwas andere Auffassung vertreten jene Autoren, welche in Art. 2 II ZGB nicht eine nach strenger Logik überflüssige, in negative Form gekleidete Wiederholung von Art. 2 I sehen, sondern den beiden Teilen von Art. 2 ZGB je eine verschiedene Aufgabe zuweisen: Art. 2 I beherrsche die bestätigende und ergänzende, Art. 2 II dagegen die korrigierende Auslegung[7]. Denn eine Berichtigung dürfe sich nicht nur, wie eine Bestätigung oder Ergänzung, auf «...des simples règles de la bonne foi»[8] stützen, es dürften nicht auf dem Weg über Treu und Glauben alle subjektiven Rechte relativiert werden[9]. Im Gegenteil seien für die Korrektur gewichtigere Prinzipien (sc. als Treu und Glauben) massgebend[10], handle es sich doch um das Eingreifen bei unechten (rechtspolitischen) Lücken[11], um die Korrektur einer zwar formal vorhandenen, aber im speziellen Fall nicht nur unbilligen, sondern schlechterdings nicht haltbaren Regel[12].

Allerdings, bei Berichtigung so gut wie bei Bestätigung und Ergänzung geht es um die richterliche Feststellung des wirklichen Inhalts des Rechts[13], wobei der Übergang vom einen zum andern nicht deutlich festgelegt werden kann, weshalb auch die Subsumtion entweder unter Art. 2 I oder Art. 2 II mehr aus methodischen Gründen, zur Bildung von Schwerpunkten, erfolgt[14].

Ähnlich die deutsche Lehre: Sie sieht zwischen dem Gebot von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot keinen grundsätzlichen Unter-

[3] KARL HUBER, 93 f. Die beiden Begriffe seien allerdings auf verschiedene Quellen zurückzuführen: Treu und Glauben auf das Obligationenrecht, das Rechtsmissbrauchsverbot auf das Schikaneverbot des Sachenrechts; vgl. a.a.O. 98.

[4] EGGER, Art. 2 ZGB N 23.

[5] BÜRGI, 136.

[6] SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, 311. Vgl. auch REICHEL, Zu den Einleitungsartikeln des schweiz. Zivilgesetzbuches, FS Rudolf Stammler, Berlin 1926, 281 ff., 320 f.; BGE *98* II 144, E. 3: Der offenbare Missbrauch ist ein offensichtlich gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten.

[7] MERZ, Art. 2 ZGB N 22 ff.; DESCHENAUX, 38 ff.

[8] DESCHENAUX, 139.

[9] MERZ, Art. 2 ZGB N 24.

[10] DESCHENAUX, 139; konkret ist aber nur ausgeführt, die Normberichtigung sei zurückhaltend anzuwenden und gegenüber bestätigender und ergänzender Auslegung subsidiär; vgl. a.a.O. 145.

[11] Dazu TUOR, 37, 39; MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 275 ff.

[12] MERZ, Art. 2 ZGB N 25, 53; DESCHENAUX, 94; MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 295 ff.

[13] MERZ, Art. 2 ZGB N 28.

[14] MERZ, Art. 2 ZGB N 53.

schied; das Rechtsmissbrauchsverbot gehört vielmehr zum «Wirkungsbereich von Treu und Glauben»[15] und ist ein in diesem enthaltenes Prinzip[16].

Rechtsmissbrauchsverbot und Gebot von Treu und Glauben sind also derart aufeinander bezogen, dass eine Rechtsausübung nur dann dem Gebot von Treu und Glauben entspricht, wenn sie loyal, berechenbar und materiell richtig erfolgt und sich nicht allein auf die formale Geltung eines Rechtes stützt. Das Rechtsmissbrauchsverbot hebt die formale Gültigkeit im Interesse materieller Gerechtigkeit auf[17], eine Formel, die allerdings noch einiger Präzisierung bedarf:

Zunächst wird gesagt, nach Art. 2 II ZGB werde eine Norm nicht als solche mit Blick auf das Gebot von Treu und Glauben ausgelegt, sondern nur die Berufung auf diese Norm in einem Sonderfall beurteilt, wobei, wenn auf Rechtsmissbrauch erkannt wird, zugleich festgestellt werde, dass dieser Fall von der Norm gar nicht mehr gedeckt sei[18]. Eine solche Feststellung im Einzelfall ist jedoch immer zugleich ein Beitrag zur Auslegung der Norm als solcher. Eine ähnliche Bemerkung ist auch zu machen zur Auffassung, im Falle des Rechtsmissbrauchs bestehe der Anspruch zu Recht, doch werde seine Durchsetzung versagt wegen besonderer Umstände[19]. Die Tatsache, dass gewisse Umstände die Durchsetzung eines Rechtes nicht gestatten, bedeutet doch, dass unter diesen Umständen das Recht nicht besteht, dass es also bei genauer Betrachtung den in Frage stehenden Fall gar nicht umfasst[20].

Sodann: Geht es bei der Frage nach einem Rechtsmissbrauch darum, den Inhalt zu bestimmen, wie er schon seit Erlass der Norm latent in ihr enthalten war, oder geht es um eine nachträgliche, vom ursprünglichen Inhalt abweichende Inhaltsbestimmung, wie der Begriff «Normberichtigung» impliziert? Auf der einen Seite findet sich die Meinung, Rechtsmissbrauch sei die Ausübung eines nur scheinbar vorhandenen Rechts, das in Wirklichkeit nie bestanden habe und daher im Moment, da der Missbrauch festgestellt wird, nicht etwa nachträglich beschnitten werde[21].

Gerade diese Möglichkeit hat aber im Auge, wer auf der anderen Seite sagt, beim Rechtsmissbrauch handle es sich um einen Konflikt zwischen gesetzter («formaler») Norm und ungesetzter, aber der üblichen Volksmeinung im

[15] Soergel/Siebert/Knopp, § 242 BGB N 37, 43.

[16] Esser, Schuldrecht, 33.

[17] Fritz v. Steiger, Unzulässige Rechtsausübung, insbesondere die Verwirkung, ZSR *1956* I 13ff., 26.

[18] Tuor, 46f.

[19] v. Steiger (vorn Anm. 17), 13; Kummer, Schutzgut, 115f.

[20] Bucher, 70f.: «Die der Ausübung eines subjektiven Rechtes gesetzten Schranken fallen mit den Schranken des Rechtes selber zusammen...».

[21] Eugen Huber, Sten. Bull. *1906* 1036ff.; wohl auch Tuor, 47.

Moment entsprechender Norm[22]; oder wer sagt, es mehrten sich auf dem Wege der späteren Interpretation die Schranken eines Rechts[23]. So gesehen kann das Rechtsmissbrauchsurteil nicht nur die Präzisierung des (an sich schon gegebenen) Inhalts eines Rechts enthalten, sondern auch dessen Abänderung und Anpassung[24]. Dies folgt aus der Feststellung, dass das Rechtsmissbrauchsverbot die positive Anerkennung und die Möglichkeit der Korrektur unechter (rechtspolitischer) Lücken enthält[25], welche ja immer das Ergebnis veränderter Anschauungen sind.

Das Rechtsmissbrauchsverbot gibt – als Generalklausel – keine materiellen Hinweise, wie die auslegungsmässige Eingrenzung der Rechte zu erfolgen hat, sondern ist im wesentlichen eine Ermächtigungsnorm, die auf im Gesetz nicht weiter bestimmte, auch ausserrechtliche Grundsätze verweist[26].

4. Kriterien missbräuchlicher Rechtsausübung

Das Rechtsmissbrauchsverbot fordert, wie gesehen, eine Auslegung des jeweils in Frage stehenden Rechts, gibt aber selber keinen Hinweis, wie diese Auslegung zu geschehen hat. Tatsächlich liegt bei der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes das zentrale Problem in der Darstellung der Grundsätze, durch welche diese Auslegung bestimmt wird, mit anderen Worten in der Frage, an welchem Kriterium die Ausübung eines Rechtes als richtig oder missbräuchlich zu messen ist.

Regelmässig wird entweder auf den Zweck eines Rechtes oder auf die Moral als Massstab verwiesen; auf diese beiden Kriterien ist nun näher einzugehen.

4.1. Missachtung des Zwecks

Es wird gesagt, rechtsmissbräuchlich sei «insbesondere» die zweckwidrige Rechtsausübung[1], oder auch, die Fälle von Rechtsmissbrauch wegen Zweckwidrigkeit seien zahlreich[2]. Das ist aber regelmässig nicht als Hinweis auf die Moral als weiteres eventuell heranzuziehendes Kriterium gemeint, nach welchem die Ausübung eines Rechts zu beurteilen wäre, sondern es werden der zweckwidrigen Ausübung etwa gleichgestellt: die Ausübung ohne Interesse, in

[22] Karl Huber, 109.
[23] Siegwart, 43f.
[24] Merz, Art. 2 ZGB N 25.
[25] vgl. vorn Anm. 12; vgl. ferner Josserand, N 247.
[26] Merz, Art. 2 ZGB N 31.
[1] Etwa Schluep, Die wohlerworbenen Rechte, 312.
[2] Merz, Art. 2 ZGB N 285.

Verletzung höherer Interessen, in Umgehung eines Gesetzes[3]. Richtigerweise sind dies jedoch nicht selbständige Kategorien, sondern spezielle Formen der zweckwidrigen Rechtsausübung, welche somit als Oberbegriff anzusehen ist; bei den einzelnen Erscheinungsformen geht es immer um eine «... zweckfremde, funktionswidrige Ausübungshandlung.»[4].

Zweckwidrig, aber nicht rechtsmissbräuchlich soll ein Verhalten sein, das einen Zweck verfolgt, welcher nicht durch korrigierende, sondern schon durch bestätigende oder ergänzende Auslegung der Norm als nicht durch diese gedeckt blossgelegt wird[5]. Diese Unterscheidung in «zweckwidrig, aber nicht rechtsmissbräuchlich» und «zweckwidrig und rechtsmissbräuchlich» ergibt sich aus der schwerpunktartigen Aufgabenteilung zwischen dem Gebot von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot[6]. Wer im Rechtsmissbrauchsverbot jedoch ohne weiter zu differenzieren die negative Umschreibung des Gebotes von Treu und Glauben sieht, wird von Rechtsmissbrauch auch dort sprechen, wo sich die Zweckwidrigkeit aus der bestätigenden oder ergänzenden Auslegung einer Norm ergibt.

Weiter wird gefordert, es müsse sich um eine «qualifizierte» Zweckwidrigkeit handeln, es müssten bestimmte «übergeordnete Zwecke» verletzt sein, damit eine Rechtsausübung als missbräuchlich bezeichnet werden kann[7]. Denn schon bei der Auslegung der Norm sei das Gebot von Treu und Glauben mitbeachtet worden; das Abweichen vom (auf diese Weise ausgelegten) Inhalt bedürfe einer «zusätzlichen Rechtfertigung»[8]. Diese soll sich aus bestimmten Grundsätzen, wie etwa dem Verbot unnützer Rechtsausübung, ergeben. Bei diesen Grundsätzen handelt es sich aber letztlich nur um bestimmte, wegen ihres häufigen Vorkommens typisierte Fälle von Zweckwidrigkeit.

Teilweise trifft man auf eine Unterscheidung in zweckfremde und zweckwidrige Rechtsausübung, wobei die Meinung ist, noch nicht die zweckfremde, son-

[3] BÜRGI, 133ff.; SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, 312; vgl. ferner die Einteilung bei MERZ, Art. 2 ZGB N 285ff.: Zweckwidrigkeit; N 340ff.: Unnütze Rechtsausübung; N 371ff.: Krasses Missverhältnis der Interessen; N 393ff.: Verletzung des Gebotes schonender Rechtsausübung; N 400ff.: venire contra factum proprium; N 461ff.: Unzulässige Berufung auf Formmangel; N 511ff.: Verwirkung; N 540ff.: Unredlicher Rechtserwerb. Eine ähnliche Gliederung bei SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 166ff.

[4] SOERGEL/MORMANN, § 226 BGB N 12; ähnlich MERZ, Art. 2 ZGB N 50ff. Einen Numerus clausus möglicher Formen des Rechtsmissbrauchs gibt es nicht; vgl. GALLWAS, 13.

[5] Dabei handelt es sich in erster Linie um eine durch das Gebot von Treu und Glauben mitbestimmte Auslegung der Sachnorm selber – so beim gesetz- oder statutenwidrigen Mehrheitsmissbrauch in einer Körperschaft (MERZ, Art. 2 ZGB N 323; DESCHENAUX, 164) –, in zweiter Linie um eine solche des Zwecks der Norm so beim (formal) gesetz- und statutengemässen Mehrheitsmissbrauch (MERZ, Art. 2 ZGB N 323), beim Durchgriff in einer AG (MERZ, Art. 2 ZGB N 287).

[6] Vgl. vorn 3.

[7] MERZ, Art. 2 ZGB N 39, 58.

[8] MERZ, Art. 2 ZGB N 39.

dern erst die zweckwidrige Rechtsausübung sei missbräuchlich[9]. Übernimmt man die Terminologie JÄGGIS[10], so ist als zweckfremd ein Verhalten zu bezeichnen, welches nicht nach Meinung des Gesetzgebers, aber nach geltungszeitlicher Auslegung des Zweckes durch das betreffende subjektive Recht ermöglicht wird, wogegen die zweckwidrige Ausübung durch keine Auslegung gedeckt und daher rechtsmissbräuchlich ist.

4.1.1. Zweckbindung der subjektiven Rechte

Bevor auf die Auslegung des Zwecks der subjektiven Rechte, an welchem die Rechtsausübung als richtig oder missbräuchlich gemessen werden soll, eingetreten wird, bleibt zu klären, ob es überhaupt sinnvoll sei, nach dem Zweck eines subjektiven Rechts zu fragen.

Hier genügt es nicht, auf die allgemeine Überzeugung zu verweisen, wonach alles Recht den Schutz von Interessen zum Zweck hat[1]. Vielmehr muss feststehen, um welche Interessen es sich handelt; diese müssen von allen voraussehbar sein, damit das Recht (als Interessenschutzsystem) ein Ordnungssystem ist.

Diesen Anforderungen scheint nun die Einräumung von subjektiven Rechten zunächst nicht zu genügen. Zwar ist das subjektive Recht an sich nur ein Gestaltungselement einer Rechtsordnung und kann als blosse rechtstechnische Figur unabhängig von realen Erscheinungsformen und mit ihm regelmässig verbundenen wertbestimmten Vorstellungen gesehen werden[2]. Diese formalen Aspekte sind jedoch im vorliegenden Zusammenhang von geringer Bedeutung.

Wichtiger sind dagegen die Gründe, die in einer Rechtsordnung dazu führen, Einzelnen subjektive Berechtigungen zu gewähren[3, 4]. Sie liegen regelmässig im Bestreben, diesen einen Bereich autonomer Handlungsmöglichkeit einzuräumen. Hiefür ist das subjektive Recht eine geeignete Rechtsfigur, wenn auch nicht die einzige[5], wie umgekehrt mit ihm Absichten verbunden sein können, welche von diesem individuellen Aspekt völlig absehen[6].

Der Grundgedanke, warum einzelne Güter einer Person zum Haben und Nutzen zugeteilt, mithin subjektiviert werden[7], liegt in der Vorstellung vom subjektiven Recht als einem «... Recht auf Achtung, d.h. Anerkennung und

[9] MERZ, Art. 2 ZGB N 339; JÄGGI, Ein Gerichtsurteil über den «abhängigen» (fiduziarischen) Verwaltungsrat, SJZ *1960* 1 ff., 5; SCHLUEP, Markenschutzgesetz, 418. Abweichend *ders.*, Die wohlerworbenen Rechte, 312, wo generell zweckfremde Ausübung als missbräuchlich bezeichnet wird.

[10] Vorn Anm. 9.

[1] Vgl. statt vieler SCHLUEP, Markenrecht, 274.

[2] Vgl. SCHLUEP, Markenrecht, 296 ff.; BUCHER, passim.

[3] Vgl. RAISER, Subjektives Recht, 129.

[4] Subjektive Rechte sind nach Bestand und Inhalt immer durch das objektive Recht bestimmt, vgl. DABIN, 68; SCHLUEP, Markenrecht, 287; BUCHER, 55 f.

[5] Vgl. hinten 6.2.

[6] Vgl. hinten 4.1.2.2. Ferner SCHLUEP, Markenrecht, 280 f.

[7] SCHLUEP, Markenrecht, 321.

Nichtverletzung der Person in dem, was ihr ‚gebührt'»[8]. Aus ihm spricht die Anerkennung einer der Person zustehenden Freiheitssphäre[9]. Die Gewährung subjektiver Rechte ist also normalerweise mehr als nur ein «rechtstechnischer Kunstgriff»[10], nämlich «...die juristisch-technische Abwandlung des sittlichen Gedankens, dass der Mensch autonom und sich selbst verantwortlich ist»[11].

Mag zwar die Würde des Menschen letzter Geltungsgrund für das Recht insgesamt sein[12], so bedeutet die Zuerkennung subjektiver Rechte doch, dass zu dieser Würde insbesondere auch eine Sphäre selbst bestimmter Entfaltungsmöglichkeit gehört[13].

Autonomie des Handelns kann sich auf das Ob und das Wozu beziehen; geht es um die Ausübung eines subjektiven Rechtes, sind damit die Möglichkeit der Durchsetzung des Rechtes[14] und sein Inhalt angesprochen. Beide Elemente zusammen, jenes als «Willensmacht», dieses als «Interesse», machen nach herrschender Meinung das subjektive Recht aus[15]. Fügt man die beiden Teile so, ohne weitere Qualifikation, zusammen, mag man zur Ansicht gelangen, das subjektive Recht sei ein Instrument zu beliebigem Zweck[16] (und das Privatrecht sei ein Bündel solcher Instrumente in der Hand des Individuums[17]).

Dies kann aber nicht sein, wenn das Recht als soziale Ordnungsmacht, welche das menschliche Zusammenleben regelt[18], seine Funktion erfüllen können soll. Vielmehr ist von dieser Funktion her nötig, dass auch subjektive Berechtigungen dem grundlegenden Ordnungszweck genügen. Deshalb kann die Einräumung subjektiver Rechte nicht den Schutz beliebiger Interessen bedeuten.

Zwar ist das Interesse als eine Beziehung des Menschen zu Gütern und Werten, als Bedürfnis, solche anzustreben und zu haben, aber auch als ein Verhältnis der Achtung und Anerkennung, kurz: als Werterlebnis[19], eine eminent sub-

[8] Larenz, 484.

[9] Schluep, Markenrecht, 279f.; Raiser, Subjektives Recht, 121.

[10] Raiser, Subjektives Recht, 130.

[11] Hinderling, 44.

[12] Schluep, Markenrecht, 280; Bucher, 19.

[13] Es ist daher nur folgerichtig, wenn die Gegner solcher (auch) individualistischer Vorstellungen die Figur des subjektiven Rechtes als solche verwerfen; vgl. dazu Bucher, 3f., 72 Anm. 17; vgl. auch hinten 4.1.2.2.

[14] Schluep, Markenrecht, 279.

[15] Vgl. Raiser, Subjektives Recht, 121ff.; Schluep, Markenrecht, 269ff.; etwas abweichend, weil der Wille nur als sekundäres Element (für die Ausübungshandlung) gesehen wird, Dabin, 103ff.

[16] So, nach Biedenkopf, Konzentration, 14ff. und *ders.*, Wirtschaftliche Macht, 115, die herkömmliche Vorstellung.

[17] Vgl. Raiser, Subjektives Recht, 145.

[18] Vgl. etwa Merz, Ordnungsmacht, passim; Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. 1, Karlsruhe 1960, 101ff., 104; Dabin, 290; Josserand, N 236ff.; Germann, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. A. Bern 1968, 18ff.

[19] Interessen im hier gemeinten Sinn beschränken sich nicht auf wirtschaftliche Werte im Sinne wirtschaftlicher Güter, sondern können auch ideelle Werte umfassen. Vgl. Hubmann, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1956, 85ff., 96; Schluep, Markenrecht, 316f; *ders.*, Die wohlerworbenen Rechte, 362.

jektive Erscheinung. Das hindert aber nicht, dass eine Rechtsordnung die einzelnen Interessen wertet, und ihren Schutz (z. B. in der Form des subjektiven Rechtes) nur solchen gewährt, welche nach der massgebenden Vorstellung wertvoll sind [20]. Damit ist sichergestellt, dass auch subjektive Rechte an einen Zweck gebunden sind, welcher objektiviert und damit anderen einsichtig ist; ein subjektives Recht ist «rechtlich geschützte Willensmacht [sc. nur] im Dienste eines als schutzwürdig anerkannten Interesses» [21]. Von der Zweckbindung als solcher ist dann zu unterscheiden, welche als wertvoll anerkannten Interessen im Einzelfall den zu beachtenden Zweck ausmachen.

Da also das subjektive Recht nicht nur personenbezogen ist (Wille), sondern auch zweckbezogen (Interesse) [22], enthält es ein objektives Element, an welchem die Beurteilung der Rechtsausübung ansetzen kann.

Sind die subjektiven Rechte als richtige Mittel zu richtigem Zweck [23] im Gesetz enthalten, deren Durchsetzung ein Betroffener nur dulden muss, wenn sie mit dem Zweck im Einklang steht [24], so erscheint ein Rechtsmissbrauchsverbot (als Verbot der zweckwidrigen Rechtsausübung) nicht nur möglich, sondern geradezu als ein (theoretisch) nicht wegzudenkender Bestandteil einer Rechtsordnung [25].

4.1.2. Der Zweck als Ergebnis funktionaler Interpretation

Während die Auslegung von Normen im allgemeinen bewährter systematisch-teleologischer Methode gemäss erfolgt [1], wird geltend gemacht, dass im Bereich des Wirtschaftsrechts neben «die teleologische Auslegung im herkömmlichen Sinn» die «funktionale Interpretation» treten muss [2].

Da nach der Aufgabenstellung dieser Arbeit zu untersuchen ist, ob der allgemeine Begriff des Rechtsmissbrauchs auf einen wirtschaftlichen Sachverhalt – die missbräuchliche Ausübung der Marktmacht – sinnvoll angewandt werden kann, und da im weiteren den bisherigen Ausführungen zu entnehmen ist, dass Rechtsmissbrauch als zweckwidrige Rechtsausübung aufgefasst werden kann [3], stellt sich die Frage, ob nicht die (postulierte) spezielle wirtschaftsrechtliche

[20] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 194; Schluep, Markenrecht, 273.

[21] Hinderling, 42.

[22] Vgl. Biedenkopf, Wirtschaftliche Macht, 134, wo allerdings festgehalten wird, nach herkömmlicher Ansicht trete die Zweckbezogenheit zu Unrecht in den Hintergrund.

[23] Egger, Art. 2 ZGB N 19; vgl. auch Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 192.

[24] Merz, Art. 2 ZGB N 20, 51 f.

[25] Karl Huber, 55 ff., 74. Die weitere Folgerung allerdings, dass das Gesetz selber auch (materiell) sagt, wann Rechtsmissbrauch vorliegt, trifft nicht zu. Dies ist ein Problem der wertenden Auslegung.

[1] Dazu hinten 4.1.2.3.

[2] Schluep, Vom lauteren zum freien Wettbewerb, GRUR int. *1973* 446 ff., 451.

[3] Vgl. hinten 4.2. zur Möglichkeit, im Rechtsmissbrauch die Missachtung moralischer Gebote zu sehen.

Methode, den «Zuweisungsgehalt»[4] eines subjektiven Rechtes, d. h. die mit ihm geschützten Interessen, zu bestimmen, doch zu einem abweichenden, spezifischen Begriff «wirtschaftlichen Rechtsmissbrauchs» führt.

Der Begriff der Funktion, und zwar gerade im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot, wird schon von KARL HUBER verwendet; er versteht unter «sozialer Funktion» einer Norm den Gedanken, dass diese Norm sich der Aufgabe des objektiven Rechts, das menschliche Zusammenleben zu organisieren, unterzuordnen habe[5]. Sodann spricht BÜRGI von den «funktionalen Elementen»[6] des Rechts, welche in einem gewissen Ausmass von Bedeutung sind. Zwar wendet er sich gegen eine «dynamische» Auffassung des Rechts, weil dieses gerade Beständigkeit und Voraussehbarkeit zu gewährleisten hat[7], hält aber doch dafür, in einzelnen Gebieten der Rechtsordnung das funktionelle Element zu beachten, womit zwei Dinge gemeint sind: Zum einen sollen die Wirkungen der Ausübung eines Rechts vermehrt beachtet werden bei der Beurteilung ihrer Rechtmässigkeit, zum andern muss die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, ein Recht zu anderen als den ursprünglich vorgesehenen Zwecken zu verwenden[8]. In beiden Fällen ist Zurückhaltung angebracht, sollen nicht die (statischen) Strukturelemente der Rechtsordnung beseitigt werden[9].

Im Kontext der «funktionalen Interpretation» kommt dem Begriff der Funktion eine etwas andere Bedeutung zu, weil nicht gefragt wird: Welche Funktion kann ein subjektives Recht übernehmen?, sondern: Welches ist in einem gegebenen Zusammenhang die einzige und richtige Funktion dieses Rechtes? Funktion meint hier die «... Leistung oder Aufgabe, die ein Teil im Hinblick auf ein Ganzes zu erbringen ... hat»[10]. Kommt es auf den jeweiligen Zusammenhang an, in welchem das Recht ausgeübt wird, so kann dieses gleiche Recht ersichtlich verschiedene Funktionen haben[11]; bestimmend ist im Einzelfall das entsprechende Rechtsinstitut[12].

[4] BIEDENKOPF, Wirtschaftliche Macht, 114.

[5] KARL HUBER, 83ff.

[6] BÜRGI, Wandlungen im Wesen der juristischen Person, in: Staat und Wirtschaft, Festgabe für Hans Nawiasky, Einsiedeln/Köln/Zürich 1950, 245ff., 251.

[7] BÜRGI, 176f.; *ders.*, Individualistische und kollektivistische Strömungen im geltenden Privatrecht, insbesondere im Hinblick auf Eigentum und Arbeitsleistung, in: Individuum und Gesellschaft, FS zur Fünfzigjahrfeier der Handelshochschule St. Gallen, St. Gallen 1949, 307ff., 314.

[8] BÜRGI (vorn Anm. 6), 245ff. Für beides wird ein Beispiel aus dem Bereich der juristischen Person angeführt: Einerseits der Durchgriff, andererseits die faktische Anerkennung des Einzelkaufmannes mit beschränkter Haftung.

[9] BÜRGI (vorn Anm. 6), 258ff.

[10] SCHLUEP, Markenrecht, 60. Zur funktionalen Interpretation vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 94f.; *ders.*, Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, ZSR *1972* I 353ff., 354ff.; BIEDENKOPF, Konzentration, 23, spricht von «systembezogener Interpretation». Vgl. ferner KRONSTEIN, 89.

[11] Vgl. dazu ZIPPELIUS, 84.

[12] SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 85.

Unter Institut ist nach RAISER nicht, wie der Ausdruck oft gebraucht wird, die abkürzende Bezeichnung für einen Komplex von Rechtsnormen zu verstehen, welche eine bestimmte Materie regeln, sondern es handelt sich um etwas Eigenständiges, um ein «... vom objektiven Recht geordnetes typisches Lebensverhältnis» (wie die Ehe, das Eigentum, die Vertragsfreiheit), welches seinerseits den einzelnen Rechtsnormen ihre Funktion zuweist [13]. Der Stellenwert des Institutes im Recht ist bestimmt durch eine kritische Betrachtung des klassisch-liberalen Verständnisses, das (vom öffentlichen Recht streng getrennte) Privatrecht hauptsächlich mit der Figur des subjektiven Rechtes zu erfassen; ferner durch eine Distanzierung von der weitgehenden Anerkennung, welche das allgemeine Persönlichkeitsrecht gefunden hat [14]. Nach RAISER etwa ist jedoch das Privatrecht nicht eine Sammlung von subjektiven Rechten, sondern ein (zusammenhängendes) System von Rechtsstellungen und Rechtsverhältnissen, welche die Beziehungen des Einzelnen zu den Mitmenschen regeln, ein gewisses Mass an Gestaltungs- und Handlungsfreiheit gewähren, und auf ein übergeordnetes Institut bezogen sind [15].

Wo auf die Auskleidung der Rechtsstellung als subjektives Recht verzichtet wird, weil sich daraus eine zu starke Stellung des Einzelnen ergeben müsste, vermindert sich aber nicht der Schutz seiner Rechtsgüter, denn es können Verhaltensnormen bestehen, deren Verletzung Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche gegen Dritte als «sekundäre subjektive Rechte» nach sich zieht [16]. Soweit nicht die Einhaltung der durch ein Rechtsinstitut angeordneten Verhaltensweisen durch eine Verwaltungsbehörde kontrolliert wird, verbleibt dem Einzelnen diesbezüglich noch eine gewisse Initiative: er übt sie freilich nicht um persönlicher Interessen willen, sondern als Funktionär des Institutes aus [17]. Das

[13] RAISER, Rechtsschutz, 147f.; ähnlich LARENZ, 161ff.; SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, 310f. Ferner SIEGWART, 4: «Es handelt sich (sc. beim Rechtsinstitut) um den Versuch, die in einer bestimmten Lebensbeziehung aufeinanderstossenden Interessen auszugleichen, die Erreichung bestimmter Lebensziele im Rahmen einer insgesamt harmonischen Rechtsordnung zu ermöglichen.»

Zu den Beziehungen des im Kontext eher technisch verstandenen Begriffs des Instituts zum «Institutionalismus» vgl. RAISER, Rechtsschutz, passim; SCHLUEP, Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel 1970, 41ff., 49; ferner FIKENTSCHER, Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, FS Ludwig Raiser, Tübingen 1974. Nach SALADIN, a. a. O. 292ff., werden die Grundrechte einer Verfassung zunehmend als Kristallisierungen bestimmter Institute gesehen.

[14] Vgl. RAISER, Subjektives Recht, 141ff.; BIEDENKOPF, Konzentration, 14f.; Hinderling, 41.

[15] RAISER, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. 1, Karlsruhe 1960, 101ff., 105; *ders.*, Rechtsschutz, 152.

[16] RAISER, Subjektives Recht, 148f.

[17] RAISER, Subjektives Recht, 148; *ders.*, Rechtsschutz, 159; *ders.*, Missbrauch im Wirtschaftsrecht, JZ *1972* 732ff., 732; BIEDENKOPF, Wirtschaftliche Macht, 133. Kritisch zur Inpflichtnahme eines (aus einem nur mehr formalen subjektiven Recht) Berechtigten als Funktionär ROULET, 43.

Institut tritt dergestalt als «gleichberechtigter Systemgedanke»[18] neben das subjektive Recht – welches in einem freiheitlichen Privatrecht nach wie vor eine für die Selbstbehauptung und Eigenverantwortung des Einzelnen wichtige Aufgabe erfüllt[19] – und ist damit mehr als nur ein Rahmen, in welchem subjektive Rechte auszuüben sind.

Eine derart wichtige Bedeutung wird dem Rechtsinstitut nach herrschender schweizerischer Doktrin nicht zukommen. Es bestehen weniger Bedenken, privatrechtliche Befugnisse in der Gestalt von subjektiven Rechten zuzuerkennen, und es gilt der Raum der objektiven Rechtsordnung als ausgefüllt, sei es mit subjektiven Rechten, sei es durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht[20]. Nicht zu übersehen sind freilich Hinweise darauf, dass sich die Persönlichkeitsrechte wegen ihres unbestimmten Inhaltes und der nur beschränkten Verzichtbarkeit mit der Figur des subjektiven Rechts nur schlecht erfassen lassen[21]. Gehen diese Überlegungen zumeist von einer Verletzung des Persönlichkeitsrechtes aus, so müssten sie, betrachtet man die Ausübung dieses Rechtes, ebenfalls dazu führen, den Handlungsspielraum nicht als subjektives Recht, sondern als Rechtsstellung, jedenfalls als «einer besonderen Kategorie von Rechten»[22] zugehörig zu erkennen.

Als «Institut»[23] oder als «Grundinstitut»[24] wird etwa die Wettbewerbsordnung bezeichnet; wenn des weiteren gesagt wird, es sei die Vertragsfreiheit (welche selber auch als Institut bezeichnet wird) im Hinblick auf das Grundinstitut Wettbewerb auszulegen[25], so zeigt sich, dass es offenbar eine Hierarchie von Instituten gibt. Freilich ist über ihre Rangordnung a priori (ohne vorgängiges Werturteil) nichts ausgemacht: Anstatt die Privatautonomie als blossen Mittelwert für das koordinationsrechtliche Institut Wettbewerb anzusehen (und zu beschränken, wo sie die wirtschaftlich gewünschten Ergebnisse nicht erbringt[26]), ist zumindest theoretisch auch das Umgekehrte denkbar: Eine Rechtsordnung, in welcher das Institut Wettbewerb eine Funktion der Vertragsfreiheit ist und zu weichen hat, wo es mit dieser nicht zu vereinbaren ist.

Unabhängig von der grösseren oder kleineren Bedeutung, die dem Ordnungselement «Rechtsinstitut» in einem Rechtssystem und vor allem für das

[18] Raiser (vorn Anm. 17), 732.
[19] Raiser, Subjektives Recht, 144f.; *ders.*, Rechtsschutz, 159.
[20] Hinderling, 41ff.
[21] Vgl. dazu Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Abhandlungen zum Schweizer Recht 360, Bern 1964, 27ff.; Kummer, Schutzgut, 89ff.; Hinderling, 42ff.
[22] Müller (vorn Anm. 21), 65.
[23] Raiser, Rechtsschutz, 157.
[24] Schluep, Wirtschaftsrecht, 94. Vgl. auch Biedenkopf, Konzentration, 23: «tragender Systemgedanke».
[25] Schluep, Wirtschaftsrecht, 94; Raiser (vorn Anm. 15), 134.
[26] Schluep, Wirtschaftsrecht, 94.

Wirtschaftsrecht zukommt, muss nach zwei Seiten hin seinem Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot nachgegangen werden: Es stellt sich die Frage, ob das Verbot der missbräuchlichen Ausübung eines subjektiven Rechtes nicht auch übertragen werden muss auf die Inanspruchnahme einer (nicht als subjektives Recht abgesicherten) Rechtsstellung. Darauf ist zurückzukommen[27]. Hier ist zunächst weiterzuverfolgen, was die Beachtung der Institute für die «funktionale Interpretation» des Zwecks bedeutet, und ob es sich dabei im Ergebnis wirklich um eine vom Herkömmlichen abweichende Methode handelt.

Weil nicht nur die subjektiven Rechte eine Funktion erfüllen in bezug auf ein bestimmtes Institut, sondern auch die einzelnen Institute in einem Über- oder Unterordnungsverhältnis zueinander stehen, kann man neben der Funktion der subjektiven Rechte auch von einer Funktion der Institute sprechen[28]. Die oberste Kategorie von Instituten, die als «Ordnungsgefüge»[29] einen ganzen Bereich des wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Lebens regeln, sind letztlich durch die Verfassung bestimmt[30]. Die Auslegungsregel, die aus dem dargestellten funktionalen Zusammenhang zwischen subjektiven Rechten und Rechtsinstituten abzuleiten wäre, müsste etwa lauten: Rechtsnormen einer bestimmten hierarchischen Stufe sind so auszulegen, dass sie der Ordnung der nächsthöheren Stufe gerecht werden[31].

So gesehen wäre eine funktionale Zweckbestimmung kaum allein auf rein wirtschaftliche Sachverhalte[32], sondern überall anzuwenden, würde sich aber von bisher bekannten Auslegungsgrundsätzen, an sich nicht unterscheiden. Allerdings bringt es die bewusste Eingliederung der subjektiven Rechte in den übergeordneten institutionellen Zusammenhang, mithin die Eingliederung der Rechte des Einzelnen in die Organisation der Gemeinschaft, zumeist unbesehen mit sich, dass den Interessen der Gemeinschaft ein höherer Wert zuerkannt wird. Deshalb ist die funktionale Interpretationsmethode regelmässig mit dem Vorverständnis belastet, wonach die subjektiven Rechte neben den individuellen auch Interessen der Gemeinschaft (mit-)zubeachten haben. Dadurch wird die funktionale Interpretationsmethode zu einem Vorgehen, welches immer

[27] Vgl. hinten 6.2.

[28] Raiser, Rechtsschutz, 151; Biedenkopf, Konzentration, 24.

[29] Raiser, Rechtsschutz, 165.

[30] Raiser, Rechtsschutz, 166.

[31] Vgl. Kronstein, 82. Es handelt sich also letztlich um eine verfassungskonforme Auslegung; dazu Müller (vorn Anm. 21), 178 ff.; Germann, 95 ff.; Saladin (vorn Anm. 13), 273; Larenz, 319.

[32] Es kann ein subjektives Recht verschiedene Funktionen übernehmen, und die durch die Wirtschaftsordnung bestimmte ist nur eine unter ihnen. Es kann ein Recht sodann im gleichen Moment in mehreren verschiedenen funktionalen Bezügen stehen, was bei seiner Interpretation (beispielsweise) zu einem Ausgleich zwischen personalen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten nötigt; vgl. dazu Schluep (vorn Anm. 10), 355.

auch nach der (gemäss dieser Auffassung vorausgesetzten) «sozialen Funktion» [33] fragt, und ist geeignet, den mit dem Begriff des subjektiven Rechts verbundenen Individualismus zu überwinden [34]. Wer umgekehrt gerade diese Absicht missbilligt, lehnt auch die funktionale Auslegung der Rechte ab [35].

Die funktionale Auslegung nimmt als gegeben an, was zunächst ein Postulat ist: Die «Sozialbindung» der subjektiven Rechte.

4.1.2.1. Interessen des Einzelnen und Interessen der Gemeinschaft als Gegenstand der subjektiven Rechte

Mit der Einräumung eines subjektiven Rechtes ist in aller Regel die Absicht verbunden, dem Berechtigten zu ermöglichen, eigene – wenn auch nur objektiv als wertvoll anerkannte und im Einzelnen jeweils noch näher abzugrenzende – Interessen zu verfolgen.

Von diesem nach der herrschenden Lehre unbestrittenen Inhalt der subjektiven Rechte wird ausgegangen, wenn im folgenden dargestellt wird, wie daneben auch Interessen der Gemeinschaft den Inhalt subjektiver Rechte bestimmen können.

4.1.2.2. Insbesondere die Interessen der Gemeinschaft: Zur Sozialbindung der subjektiven Rechte

Wenn im folgenden vom Verhältnis zwischen den subjektiven Rechten und den Interessen der Gemeinschaft die Rede ist, so steht nicht die grundsätzliche Unterordnung des aus einem subjektiven Recht Berechtigten unter die Gemeinschaft zur Diskussion, weil jede Privatautonomie nur soweit besteht, als sie von der Rechtsordnung dieser Gemeinschaft vorgesehen ist [1]. Vielmehr interessiert hier allein, ob die Schranken, die aufgrund der Gemeinschaftsinteressen für das subjektive Recht bestehen, diesem immanent sind [2], ob mit anderen Worten solche Interessen den Zweck eines subjektiven Rechtes, wie er durch die Auslegung herzuleiten ist, mitbestimmen.

Wo dies bejaht wird, werden die durch diese Interessen gesetzten Schranken «Sozialbindung» genannt [3]. Es kann sich dabei um eine eigentliche Zurückbindung individueller Handlungsmöglichkeiten handeln, aber auch um die Len-

[33] Biedenkopf, Konzentration, 23.

[34] Raiser, Subjektives Recht, passim, 149ff. Vgl. auch Schluep (vorn Anm. 2), 451: «soziale Kontrolle».

[35] Vgl. Homburger, 56ff.

[1] Oftinger, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948, 315ff., 322.

[2] Gemäss der «Innentheorie», vgl. Soergel/Mormann, N 11ff. vor § 226 BGB.

[3] Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. A., München 1972, 50; Merz, Art. 2 ZGB N 60.

kung individuellen Handelns in eine bestimmte (für die Gesellschaft nützliche) Richtung. Absicht ist die Förderung von Gemeinschaftsinteressen, was nicht hindert, dass einzelne als Reflex einen spezifischen Vorteil erlangen.

Nun ist es die Aufgabe jeder Rechtsordnung, die Beziehungen des einen Individuums zu den andern und damit zur Gemeinschaft zu regeln[4]. Insoweit zu diesem Zweck zur Figur des subjektiven Rechtes gegriffen wird, könnte man die Frage als durchaus nebensächlich betrachten, ob dieses subjektive Recht je nach Notwendigkeit im Interesse der Gemeinschaft von aussen eingeschränkt wird, oder ob diese Schranken immanent sind. Aus ersichtlichen Gründen ist jedoch die (eventuelle) Sozialbindung subjektiver Rechte gerade im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauch von einiger Bedeutung. Denn hier kommt es ja darauf an, hinter dem Wortlaut positiver Normen nach deren Zweck zu forschen. Geht man dabei vom Prinzip der Sozialbindung aus, so wird man auch die Ausübung eines Rechtes unter Missachtung von Interessen der Gemeinschaft als zweckwidrig und damit als rechtsmissbräuchlich bezeichnen[5].

Der Gedanke der Sozialbindung kann auf deutschrechtliche Ursprünge zurückgeführt werden[6] – der Streit zwischen konstitutiver oder akzessorischer Natur der Schranken der subjektiven Rechte wird als ein Streit zwischen germanischem und römischem Recht bezeichnet[7]. So konnte GIERKE in seiner Rede über «Die soziale Aufgabe des Privatrechts»[8] die Forderung «kein Recht ohne Pflicht»[9] als altes, wenn auch zu jener Zeit teilweise in den Hintergrund gedrängtes[10] Prinzip des deutschen Rechts bezeichnen. Nach GIERKE ist das subjektive Recht dem Einzelnen nicht nur um seiner selbst willen gewährt, sondern zugleich als «Kulturmittel» zum Wohle der Gemeinschaft anvertraut[11] und deswegen «immanent» beschränkt[12]. Einer späteren Zeit blieb es vorbehalten, unter Verletzung des von GIERKE vertretenen Gleichgewichtes zwischen individuellen und kollektiven Interessen zu postulieren, an die Stelle des subjektiven Rechtes habe die «volksgenössische Berechtigung» zu treten[13].

[4] Vgl. vorn 4.1.1.

[5] Aus diesen Überlegungen folgt, dass die Unterscheidung in akzessorische und immanente Schranken, zumindest im vorliegenden Zusammenhang, nicht bloss rechtstechnischer Natur ist. A. M. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Sachenrecht, 1. Abt. Das Eigentum, 1. Tb. Systematischer Teil und allg. Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 4. A., Bern 1966, Systematischer Teil, N 187.

[6] BÜRGI, 97.

[7] GIERKE, 5ff.

[8] GIERKE

[9] GIERKE, 14.

[10] Vgl. LARENZ (vorn Anm. 3), 42ff.

[11] GIERKE, 15.

[12] GIERKE, 16.

[13] SIEBERT, Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs, Berlin 1935, 17.

In Frankreich wandten sich Ende des 19. Jahrhunderts COMTE[14] und etwas später DUGUIT gegen den herrschenden Individualismus und deshalb auch gegen das System der subjektiven Rechte. Für DUGUIT insbesondere ging es nicht nur um deren Beschränkung im Interesse der Gemeinschaft, sondern darum, auf diese individualistischen Elemente der Rechtsordnung, zumindest in ihrer typischen Form des Privateigentums[15], zu verzichten. Denn, so die Begründung, der Mensch hat eine soziale, d. h. der Gesellschaft nützliche Funktion zu erfüllen, weil er ein Glied dieser Gesellschaft ist; alle auf ein anderes Ziel gerichteten Handlungen sind nicht legitim. Der Mensch hat nach Duguit keine subjektiven Rechte, sondern er befindet sich in einer «situation juridique objective»[16], in welcher es nur Pflichten gibt[17].

Mit der Überwindung des subjektiven Rechtes wird auch die Sozialbindung im eingangs definierten Sinn gegenstandslos. Hingegen behält dieses Prinzip seine Bedeutung etwa für JOSSERAND[18], welcher auf die Figur des subjektiven Rechtes nicht verzichtet[19]. Freilich wendet er sich gegen die herrschende Auffassung, die im subjektiven Recht eine «Waffe in der Hand des souveränen Individuums» sieht[20], eine Auffassung, die nach JOSSERAND nicht so sehr auf dem römischen Recht beruht, sondern auf den Ideen des Naturrechts, wie sie etwa in der Erklärung der allgemeinen Menschenrechte von 1789 Ausdruck gefunden haben[21]. Nach richtiger Sicht der Dinge jedoch ist der Mensch im Rechtssystem als «unité sociale» zu begreifen, nicht als ein Individuum, das seinen Wert in sich selber trägt[22], und deswegen haben die subjektiven Rechte die einzige Bedeutung, «une mission collective» zu erfüllen[23]. Entsprechend würde das subjektive Recht richtiger als «droit-fonction» bezeichnet[24]; «fonction» verstanden in der (vorausgesetzten) Bedeutung von Förderung der Gemeinschaftsinteressen. Diese Auffassung folgt für JOSSERAND aus der grundsätzlichen Aufgabe der Rechtsordnung, das menschliche Zusammenleben zu organisieren[25].

Mithin ist nicht das mehr oder weniger zurückgebundene Interesse des Einzelnen Kern des subjektiven Rechtes, sondern ist gerade umgekehrt ein indivi-

[14] Vgl. dazu HANS PETER, Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, Diss. Zürich 1949, 143 f.

[15] DUGUIT, Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Paris 1912, 158.

[16] Vgl. PETER (vorn Anm. 14), 135.

[17] Vgl. PETER (vorn Anm. 14), 130 ff.; ferner SCHLUEP, Markenrecht, 280 f.

[18] JOSSERAND

[19] JOSSERAND, N 242.

[20] JOSSERAND, N 4.

[21] JOSSERAND, N 2 ff. Zur Bedeutung von Naturrecht und Aufklärung für die Entwicklung der subjektiven Rechte vgl. auch SCHLUEP, Markenrecht, 267 f., und PETER (vorn Anm. 14), 132.

[22] JOSSERAND, N 5.

[23] JOSSERAND, N 216.

[24] JOSSERAND, N 292.

[25] JOSSERAND, N 236 ff.

duelles Interesse nur anerkannt, wenn es mit den Forderungen des Gemeinwohls übereinstimmen sollte und diesem als Vehikel dienen kann[26]. Missbräuchlich, weil «antifonctionnel»[27], ist jede Ausübung eines subjektiven Rechtes, welche nicht mit einem «motif légitime»[28] zu begründen ist, nämlich der Absicht, den im Gemeinwohl liegenden Zweck zu fördern.

In Doktrin und Praxis hat sich diese Ausrichtung der subjektiven Rechte auf ein «but social» – auch in einer weniger extremen Form – nicht durchgesetzt; soweit die einzelnen bei der Ausübung subjektiver Rechte den Gemeinschaftsinteressen den Vorrang einzuräumen haben, wird solches im französischen Recht ausdrücklich durch Gesetzesbestimmungen angeordnet[29].

In Deutschland dagegen ist heute die Sozialbindung subjektiver Rechte im Sinne der Mitbeachtung der Interessen der Gemeinschaft bei der Rechtsausübung ein im Grundsatz[30] unbestrittenes Prinzip des Privatrechts, das regelmässig aus dem «Sozialstaatsgedanken» des Bonner Grundgesetzes abgeleitet wird[31]; seine Bedeutung zeigt sich deutlich gerade im Bereich des Rechtsmissbrauches[32]. Freilich wird der Konflikt zwischen Privatautonomie und Sozialbindung nicht verkannt, und auch nicht die Gefahr, dass man bei der Bestimmung der «sozial angemessenen» Rechtsausübung leicht in den Bereich des tagespolitisch motivierten Dezisionismus gerät[33].

Die Äusserungen in der schweizerischen Lehre zum Thema Sozialbindung ergeben ein uneinheitliches Bild:

Eine immanente Bindung der subjektiven Rechte durch Interessen der Gemeinschaft wird von MERZ abgelehnt, weil sie dem Prinzip der privatautonomen Rechtsgestaltung widerspricht, welche selber gerade auch ein soziales Interesse verwirklicht und «...eine fundamentale institutionelle Bedeutung für den Gesamtcharakter der Rechtsordnung hat»[34]. «Die durch den Grundsatz von Treu und Glauben mitbestimmte Forderung zweckbezogener und zweckgebundener Rechtsausübung führt nicht zu einer sozialen Bindung der Rechte und Pflichten...», diese «...ist nicht beherrschendes Prinzip des Privat-

[26] JOSSERAND, N 308.
[27] JOSSERAND, N 7.
[28] JOSSERAND, N 296ff.
[29] DAVID, 179f.; FERID, 191f.
[30] Im einzelnen freilich sind Unterschiede festzustellen: Während nach BIEDENKOPF (NZZ Nr. 244, 28. 5. 73) gewisse privatrechtliche Institute den Individuen zur Verfügung stehen, um geradezu öffentliche Aufgaben zu erfüllen, wird nach STREITHOFEN (NZZ Nr. 83, 19. 2. 74) heute zu einseitig die gemeinschaftsbezogene Seite menschlichen Handelns betont.
[31] Vgl. zum Sozialstaatsgedanken etwa HAMANN/LENZ, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 3. A., Neuwied/Berlin 1970, 63ff. Zum hier angeschnittenen Problem der sog. Drittwirkung hinten 4.1.3.1.
[32] Vgl. RAISER, Subjektives Recht, 145f.; SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 23ff.
[33] ESSER, § 242 und die Privatautonomie, JZ *1956* 555ff., 556; vgl. auch ZIPPELIUS, 157.
[34] MERZ, Art. 2 ZGB N 32.

rechts...»[35]. MERZ nimmt diesen Feststellungen allerdings einiges von ihrer Eindeutigkeit, wenn er an anderer Stelle betont, dass «...die persönliche Freiheit auch gemeinschaftsbezogene Verantwortungsfreiheit» umfasst[36].

Für MEIER-HAYOZ sind es logische und methodische Gründe (nämlich der Widerspruch zwischen der Einräumung eines subjektiven Rechts und seiner Beschränkung), welche «...unter Wahrung einer weltanschaulich begründeten sozialen Haltung...» gegen eine immanente Bindung an die Gemeinschaftsinteressen sprechen, wie auch die Tatsache, dass heute die Gefahr für die Rechtsordnung nicht vom schrankenlosen Individualismus ausgeht, sondern von ungehemmten Staatseingriffen[37].

Weil die schweizerische Rechtsordnung, bei aller sozialen Aufgeschlossenheit und Förderung der Gemeinschaft, letztlich in der autonomen Person gründet, verträgt sich nach LIVER eine immanente Beschränkung durch Interessen der Gemeinschaft nicht mit dem Begriff des subjektiven Rechts[38]; die Beschränkung, die diesem seine soziale Dimension gibt, tritt vielmehr von aussen an es heran, weil sie je nach den Umständen einen verschiedenen Umfang annehmen und nicht aus der Natur des subjektiven Rechts geschlossen werden kann[39]. Allerdings spricht das je nach den speziellen Umständen unterschiedliche Ausmass der Bindung an sich nicht gegen ihre einheitliche Qualifizierung, und was aus der «Natur» des subjektiven Rechtes geschlossen werden kann, hängt einzig davon ab, wie es zuvor definiert worden ist.

Auf die grundsätzliche Bedeutung des Gemeinwohls für das Zivilrecht weist im besonderen EGGER hin, ohne dass aber auf die – zugegebenermassen mehr technische, aber mit Blick auf das Rechtsmissbrauchsverbot wesentliche – Frage eingegangen wird, ob sich aus dem Gemeinwohl (neben den gesetzlich positivierten) auch immanente Schranken ableiten lassen[40]. Auch die Ausführungen bei DESCHENAUX zu dieser Frage sind nicht eindeutig. Er hält dafür, über Art. 2 ZGB dürften nicht alle möglichen sozialethischen Postulate in das Recht

[35] MERZ, Art. 2 ZGB N 60f., 35. Der Unterteilung der Rechtsordnung in öffentliches und Privatrecht sollte allerdings nicht zuviel Bedeutung zugemessen werden, weil sie «...mehr rein theoretischen Gedankengängen» entspricht, SIEGWART, 33; vgl. ferner vorn 4.1.2. zum funktionalen Zusammenhang der ganzen Rechtsordnung, und SCHLUEP, Markenrecht, 245ff.

[36] MERZ, Kartellrecht, 14, Anm. 3.

[37] MEIER-HAYOZ (vorn Anm. 5), N 186, 193 a. E. In MEIER-HAYOZ, Vom Wesen des Eigentums, in: FS Karl Oftinger, Zürich 1969, 171ff., 185f., ist im Gegensatz dazu von einer «...die Pflichtgebundenheit des Eigentümers mitumfassenden Definition...» des Eigentums die Rede.

[38] LIVER, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I Einleitung und Personenrecht, 1 Einleitung, Bern 1962, Einleitung N 92ff., v.a. 109ff.

[39] LIVER, Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, in: Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Innsbruck 1969, 247ff., 263f.

[40] EGGER, Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Zürich 1950, 128ff. In EGGER, Art. 2 ZGB N 26, findet sich ein Hinweis auf die «wertvollen» Gedanken JOSSERANDS, in N 33 die Bezeichnung des Rechtsmissbrauchs als Verstoss gegen die «sozialen» Ziele eines subjektiven Rechtes.

eingeführt werden, sondern es seien das Gebot von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot im Rahmen der gesetz- und verfassungsmässigen Ordnung anzuwenden[41]. Wird damit im Ergebnis auf den Auslegungsgrundsatz hingewiesen, dass die ganze Rechtsordnung eine Einheit mit der Verfassung als Grundlage ist[42], so bleibt doch offen, ob aus dieser für die (schweizerische) Rechtsordnung auf das Prinzip der Sozialbindung der subjektiven Rechte zu schliessen ist.

Dagegen ist es für SIEGWART nicht zweifelhaft, dass auch öffentliche Interessen den Zweck eines subjektiven Rechtes mitbestimmen und als immanente Schranken für die Qualifizierung der Rechtsausübung als richtig oder missbräuchlich zu beachten sind[43]. BÜRGI sieht im Gebot von Treu und Glauben und im Rechtsmissbrauchsverbot, wie sie in Art. 2 ZGB enthalten sind, die Anerkennung eines dynamischen Elementes ausgedrückt, welches neben das statische Element des subjektiven Rechtes tritt und seine Anpassung an die Forderungen der Gemeinschaft besorgt[44]. «Ein anderer Fall von Rechtsmissbrauch [sc. als beim Konflikt individueller Interessen] liegt vor, wenn Interessen höherer Art [sc. nämlich der Gemeinschaft] die Beschränkung der individuellen Rechtsausübung verlangen», welche Beschränkung im deutschrechtlichen Sinn als immanent zu verstehen ist[45].

Dass im Rechtsmissbrauchsverbot die Idee enthalten ist, es seien die Rechte mit Pflichten gegenüber der Allgemeinheit verbunden, ohne deswegen aber zu reinen «sozialen Funktionen» zu werden, gilt auch für Schluep[46]. Gefordert wird die «... Eingliederung subjektiver Rechte in die soziale Ordnungsfunktion ...»[47], die «... Inpflichtnahme des Individuums (und damit des Privatrechts überhaupt) zur Verwirklichung der *Sozialgerechtigkeit*»[48]. Zur Privatautonomie, welche für die subjektiven Rechte und das Privatrecht allgemein bestimmend ist, tritt als ergänzendes Element das «Sozialprinzip», welches als solches dem Privatrecht immanent ist[49].

Wenn sodann TUOR sagt, es habe die Auslegung nach Art. 2 ZGB auch die Interessen der Öffentlichkeit zu beachten[50] und Rücksicht auf das Volkswohl

[41] DESCHENAUX, 141.
[42] Vgl. vorn 4.1.2.
[43] SIEGWART, 32f.
[44] BÜRGI, Individualistische und kollektivistische Strömungen im geltenden Privatrecht, insbesondere im Hinblick auf Eigentum und Arbeitsleistung, in: Individuum und Gesellschaft, Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handelshochschule St. Gallen, St. Gallen 1949, 307ff., 314f.; *ders.*, Die Wandlungen des Rechts, in: Kommt der vierte Mensch?, Zürich, Wien/Stuttgart 1952, 35ff.
[45] BÜRGI, 134.
[46] SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, 393.
[47] SCHLUEP, Rule of Reason, 70.
[48] SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, 194.
[49] Vgl. SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, 194, Anm. 8.
[50] TUOR, 45.

zu nehmen[51], wird man darin einen Hinweis auf eine (immanente) Sozialbindung sehen dürfen. Dass auch in der gerichtlichen Praxis die Tendenz besteht und sich verstärkt, bei privatrechtlichen Streitigkeiten ebenfalls die öffentlichen Interessen zu erwägen, weist SPIRO nach[52]. Es verkleinere sich ganz allgemein der Bereich, in welchem «... der Einzelne sich ohne Haftbarkeit nach Belieben verhalten kann, – ein Ergebnis, das ... mit der allgemeinen Entwicklung ... des modernen Rechts überhaupt übereinstimmt»[53].

Zusammenfassend lässt sich von der in der Schweiz vertretenen Meinung sagen, dass der Gedanke der Mitbeachtung von Interessen der Gemeinschaft bei der Ausübung subjektiver Rechte zwar anerkannt ist, sich aber bisher nicht zu einer eigentlichen, allgemeingültigen Sozialbindung verdichtet hat[54].

4.1.2.3. Der Zusammenhang zwischen Sozialbindung und funktionaler Interpretation

Der Begriff der Sozialbindung bezieht sich, wie gesehen, auf einen bestimmten möglichen Inhalt subjektiver Rechte, welcher jedoch gemäss der Theorie der funktionalen Interpretation als a priori gegeben vorausgesetzt wird. Wo eine Sozialbindung subjektiver Rechte tatsächlich besteht, müsste sie auch nach herkömmlicher Sinnermittlungsmethode[1] nachzuweisen sein. Dies ist kurz darzustellen.

Auslegung zielt immer auf die Bildung einer objektiven Norm ab, d. h. auf die generell-abstrakt gültige Bestimmung des Inhaltes eines Rechtes, nicht auf eine im Einzelfall billige Regelung[2]. Dies gilt für die Auslegung im engeren Sinn wie für die Korrektur von unechten Lücken, was gerade im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauch von Bedeutung ist (echte Lücken fallen nicht in Betracht, weil der Missbrauch immer an eine bestehende gesetzliche Regel an-

[51] TUOR, 47.

[52] SPIRO, Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948, passim, 273f., 281.

[53] SPIRO (vorn Anm. 52), 254.

[54] Vgl. HANS HUBER (NZZ Nr. 59, 5. 2. 74): Man ist in der Schweiz geneigt, die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nur anzuerkennen, «... soweit sie die Gestalt privat- oder öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen annimmt, nicht aber als rechtlich verwertbaren (und etwas verschwommenen) Leitgrundsatz». Ferner *Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung*, Schlussbericht, Bern 1973, 163: «Die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum zwar als Voraussetzung nicht nur freier, sondern auch selbstverantwortlicher Lebensgestaltung; aber die sogenannte Sozialbindung des Eigentums muss sich aus den verschiedenen Zweigen der Rechtsordnung, z. B. gerade aus den privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen ergeben; ein Satz wie der aus dem deutschen Recht angeführte [sc. Art. 14 II Grundgesetz: ‚Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen'] läuft dagegen Gefahr, in Deklamation stecken zu bleiben.»

[1] MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 132ff.

[2] MERZ, Art. 2 ZGB N 31, 33, 38; MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 301; TUOR, 31; EGGER, Missbrauch der Vertretungsmacht, in: Beiträge zum Handelsrecht, FS Carl Wieland, Basel 1934, 47ff., 53. *Ders.*, Art. 2 ZGB N 17, weist jedoch daraufhin, dass die gefundene Lösung auch billig sein muss.

knüpft). Es ist schon auf die unscharfe Unterscheidung zwischen bestätigender, ergänzender und berichtigender Auslegung hingewiesen worden [3]. Wenn gesagt wird, die zu Art. 1 I ZGB entwickelten und allgemeine Gültigkeit beanspruchenden [4] Auslegungsregeln seien nicht auf die Lückenfüllung gemäss Art. 2 II anzuwenden [5], so kann nur gemeint sein, eine allfällige Korrektur dürfe nur unter besonderen Voraussetzungen erfolgen [6]. Hingegen ist gerade die Aufdeckung einer unechten Lücke eine typische Auslegungsfrage [7].

Unabhängig von der bevorzugten Methode [8] sind bei der Auslegung folgende Elemente, wenn auch mit unterschiedlichem Gewicht, zu beachten: Das grammatische [9], das historische [10], das systematische, das teleologische (die ratio legis), schliesslich die Realien. Auf die Bedeutung der Realien ist in einem anderen Zusammenhang noch einzugehen [11]. Es genügt daher hier die vorläufige Feststellung, dass sie eine vorwiegend negative Funktion haben, indem sie den durch das Recht gestaltbaren Raum begrenzen. Somit interessieren in einer Konfrontation mit der funktionalen Interpretation hauptsächlich das systematische und das teleologische Element.

Eine systematische Betrachtung [12] fordert, eine einzelne Regel im Rahmen des Gesetzes und das Gesetz im Rahmen der ganzen Rechtsordnung zu sehen, bezieht sich also auf das «mechanische» Zusammenspielen koordinierter und subordinierter Normen. Die Frage nach dem Zweck einer Norm [13] bezieht sich auf die durch diese geschützten Interessen [14], wobei nicht diese selber im Vordergrund stehen, sondern die Wertung, die zu ihrer Anerkennung geführt hat [15]. Der Zweck einer einzelnen Norm kann nicht bei isolierter Betrachtung gefunden werden, sondern nur, wenn sie im ganzen Zweck- und Wertzusammenhang gesehen wird; gefordert ist daher ein systematisch-teleologisches Vorgehen [16].

Besondere Bedeutung erlangt dieser Wertzusammenhang bei der korrigierenden Auslegung, weil unechte Lücken sich dort finden, wo eine Regel den geltenden Wertvorstellungen widerspricht [17].

[3] Vgl. vorn 3.
[4] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 48.
[5] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 313; Germann, 108 ff.
[6] Vgl. vorn 3.
[7] Larenz, 56, unter Hinweis auf Heck: «Schon die Feststellung einer Gesetzeslücke ist also das Ergebnis einer kritischen, einer wertenden Betrachtung.»
[8] Nach Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 151 ff., sind die subjektiv-historische, die objektiv-historische und die objektiv-geltungszeitliche Methode zu unterscheiden.
[9] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 184 ff.
[10] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 214 ff.
[11] Vgl. hinten 4.1.3.
[12] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 188 ff.
[13] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 192 ff.
[14] Vgl. vorn 4.1.1.
[15] Germann, 86 ff.
[16] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 199.
[17] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 209, 275 ff.

Diese mehr als knappe Darstellung der systematisch-teleologischen Auslegungsmethode zeigt, dass auch auf diesem Weg eine allfällige Sozialbindung eines subjektiven Rechts ans Licht kommen müsste. Von dieser Art der Zweckforschung als einem Suchen nach den Wertgrundlagen[18] unterscheidet sich die funktionale Interpretation gemäss der vorne[19] dargestellten Auffassung regelmässig dadurch, dass sie eine bestimmte Wertung (die Sozialpflicht) an das Auslegungsobjekt heranträgt, und nicht wie die objektiv-geltungszeitliche Auslegungsmethode sich um ihren Nachweis bemüht[20].

Eine Sozialbindung besteht aber in keinem Rechtsbereich nur deshalb, weil man (wenn «Zweck» und «Funktion» in bezug auf den Inhalt subjektiver Rechte überhaupt unterscheidbar sind) nach der «den ursprünglichen Zweck weit überholenden Funktion»[21] fragt; vielmehr geht es um ein Werturteil, welches durch die Figur des subjektiven Rechtes keineswegs präjudiziert wird. Denn die Gewährung subjektiver Rechte durch den Staat bedeutet nicht notwendig eine Inpflichtnahme für den Staat[22].

Wenn daher im Bereich des Wirtschaftlichen (im Gegensatz zu anderen Lebensverhältnissen) die Zweckbestimmung nach der funktionalen Interpretationsmethode gefordert wird, so ist damit eigentlich gemeint, dass (nur) hier die (subjektiven) Rechte mit Pflichten verbunden sind. Das lässt sich begründen, oder vielmehr: als das Ergebnis einer bewussten kritischen Wertung nachweisen[23]. Um eine neue Auslegungsmethode handelt es sich dagegen nicht, und auch nicht um eine neue Auslegungsaufgabe. Immer ist – im vorliegenden Zusammenhang mit Blick auf einen allfälligen Rechtsmissbrauch – der Zweck eines Rechts zu ermitteln.

Falls dabei die Bindung eines subjektiven Rechtes an die Interessen der Gemeinschaft nachgewiesen wird, ist allerdings zu beachten: Es sind diese Interessen immer zu berücksichtigen. Wo ein Konflikt zwischen Privaten durch die auslegungsmässige Abgrenzung ihrer subjektiven Rechte, d.h. durch die Feststellung der richtigen oder missbräuchlichen Ausübung dieser Rechte, gelöst werden soll, mag beiden Seiten an sich daran gelegen sein, die soziale Funktion ihrer Rechte zu missachten[24]. Soweit aber das Prinzip der Sozialbindung Geltung beansprucht, sind subjektive Rechte mit Pflichten verbunden, welchen sich die Berechtigten nicht nach Belieben entziehen können.

[18] MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 203ff.; vgl. auch SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, 363.

[19] Vgl. vorn 4.1.2.

[20] MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 162; GERMANN, 96ff.; LARENZ, 335ff.

[21] SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 94, mit Bezug auf das Wirtschaftsrecht.

[22] DABIN, 290; WÜRDINGER, AcP *1937* 248: Die Unterordnung des Einzelnen unter die Gemeinschaft ist ein politisches und rechtspolitisches, mithin ein Wertungsproblem. A.M. JOSSERAND, N 236ff. Vgl. ferner BUCHER, 166f.

[23] Vgl. RÜTHERS, 57ff.

[24] Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, ZSR *1972* I 353ff., 381f.

4.1.3. Der Zweck als Ergebnis einer Wertung

Aus den bisherigen Ausführungen ist deutlich geworden, dass der Zweck eines subjektiven Rechtes, seine durch diesen bestimmten inhaltsbegrenzenden Schranken und damit auch die Beurteilung seiner Inanspruchnahme als richtig oder missbräuchlich von einem Werturteil abhängen. Die Auslegung hat also nach den Wertvorstellungen zu fragen, die dem betreffenden Recht unterliegen[1].

Sollen einzelne Normen sich nicht widersprechen, so müssen sie nicht nur in einem systematischen, sondern auch in einem Wertzusammenhang stehen, d. h. es muss eine Hierarchie der Werte gefunden werden[2]. Dies ist freilich in einer konkreten Rechtsordnung nur annäherungsweise möglich[3].

Die Auseinandersetzung mit der funktionalen Interpretationsmethode hat sodann gezeigt, dass nach heutigem Verständnis (also gemäss objektiv-geltungszeitlicher Auslegung) den Interessen der Gemeinschaft bei der Ausübung von subjektiven Rechten vermehrt Rechnung zu tragen ist.

Als Wertungsproblem ist die Frage nach einem allfälligen Rechtsmissbrauch nicht aufgrund positiver Normen zu beantworten; das ausdrückliche oder implizite gegebene, wegen der Zweckbezogenheit der Rechte logisch unabdingbare Missbrauchsverbot kann nur bestimmen, dass ein subjektives Recht nicht missbraucht werden darf. Was missbräuchlich ist, ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung aus einer ethischen Betrachtung[4].

Damit wird, ohne dass dies einer Begründung zugänglich wäre[5], die Ableitung des Zwecks der subjektiven Rechte aus den tatsächlichen Verhältnissen abgelehnt. Dies verlangt die soziologische Rechtsauffassung[6], für welche das Seiende seinen Zweck und sein Ziel in sich selber hat, unbeeinflusst von menschlichen Ideen[7]. Eine wertbetonte Rechtsauffassung jedoch kann der «Natur der Sache» eine normative Kraft nur zugestehen, wo es sich wirklich um Naturge-

[1] Vgl. Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 203 ff.; Schluep, Markenrecht, 117; Siegwart, 31 f.; Zippelius, 91; Germann, 374.

[2] Kronstein, 89; Germann, 92 f.; Larenz, 316.

[3] Germann, 85 f.; vgl. hinten 4.1.3.1.

[4] Wenn Raiser, Missbrauch im Wirtschaftsrecht, JZ *1972* 732 ff., 732, sagt, der Missbrauchsbegriff bleibe «... sachbezogen in der Ebene der Rechtsordnung selbst», so ist dem nur zuzustimmen, sofern in den Begriff der Rechtsordnung (richtigerweise) auch die Wertgrundlagen einbezogen werden.

[5] Radbruch, 96: Es sind «... die letzten Sollenssätze unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis fähig».

[6] Vgl. dazu Schluep, Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, in: Recueil de travaux suisses présentés au VIII[e] Congrès international de droit comparé, Basel 1970, 41 ff., 45 ff.; *ders.*, Die wohlerworbenen Rechte, 374 ff.

[7] Vgl. Fechner, Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts, Tübingen 1956, 149 f.; Bürgi, 19 f.

setze handelt[8]; im übrigen sind die realen Gegebenheiten gerade der Gegenstand, den das Recht zu ordnen hat. «Im Lichte der Ideen sind die Realien zu gestalten...», wobei die Idee allerdings nicht wirken kann, wenn jeder Bezug zur Realität verlorengeht[9]. Wo das Recht vorgeformte Verhältnisse zum Gesetz erhebt, so ist massgebend dafür ihre (wertbestimmte) Richtigkeit; im Vergleich mit diesen Überlegungen kommt der Zweckmässigkeit und Praktikabilität eine geringere Bedeutung zu[10].

So gesehen ist jede Auslegung zwar Anlass, die Realien neu zu betrachten, aber um ein «Einfallstor wirtschaftlicher und sozialer Veränderungen»[11] handelt es sich doch nur, soweit diese vor einer – möglicherweise auch veränderten – wertkritischen Beurteilung zu bestehen vermögen. Deshalb ist des weiteren eine Rechtsausübung nicht schon richtig, weil sie üblich ist[12], und nicht missbräuchlich, weil sie unüblich ist[13]; das übliche Verhalten hat Bedeutung allenfalls als Indiz für eine massgebende Wertvorstellung[14].

Nichts anderes gilt im speziellen Bereich des Wirtschaftsrechtes[15]. Die Gesetzmässigkeiten eines bestimmten Koordinationsmodelles (die «ökonomischen Gesetze») und die Sachlogik wirtschaftlicher Zusammenhänge haben einen Einfluss auf die Inhaltsbestimmung eines auf seine wirtschaftliche Funktion hin auszulegenden Rechtes nur, soweit diesem Koordinationsmodell aufgrund eines Werturteils die Bedeutung einer Sollensordnung zuerkannt worden ist[16].

4.1.3.1. Zum Problem der Werterkenntnis

Die folgenden skizzenhaften Ausführungen zum Vorgang der Werterkenntnis haben lediglich die Aufgabe, deutlich zu machen, auf was für unsicherem Grund letztlich die Feststellung beruht, eine bestimmte Rechtsausübung sei

[8] GUTZWILLER, Zur Lehre von der Natur der Sache, in: Elemente der Rechtsidee, Basel 1964, 134ff., 140, passim.

[9] SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, 388.

[10] MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 210ff., 325, 328, 402f.; GUISAN, La protection de la personnalité et le boycott commercial, in: FS Carl Wieland, Basel 1934, 149ff., 161ff.; LARENZ, 315, 388ff.; vgl. auch HANS-RUDOLF HORN, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, Diss. Mainz 1962, 105.

[11] SCHLUEP (vorn Anm. 6), 52.

[12] So aber KARL HUBER, 108: «Die Anwendung des Rechts hat sich nach seinem Zweck zu richten *gemäss der Üblichkeit*.»

[13] So offenbar JHERING, zit. nach KARL HUBER, 21f.: Eine Handlung ist unzulässig, wenn sie «...ungewöhnlich, durch einen vernünftigen Zweck nicht geboten ist, d.h. weil man sich in dieser Weise (solcher Handlungen) nicht zu bedienen braucht und pflegt».

[14] Vgl. BÜRGI, 121f.; ferner hinten 4.1.3.1.

[15] Dazu SCHLUEP, Markenrecht, 122ff.

[16] Die Sachzusammenhänge verlangen immerhin, auch den aus einem Koordinationsmodell abzuleitenden Untersätzen (d.h.: ökonomischen Erkenntnissen) rechtliche Relevanz zuzuerkennen; vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, 94; GUTZWILLER, Was ist Gerechtigkeit, ZSR *1953* I 393ff., 414.

zweckwidrig und daher missbräuchlich, wenn als Massstab nicht eine vorgegebene Seins-, sondern eine Sollensordnung dient.

Die Rechtsordnung hat das menschliche Zusammenleben zu organisieren und also auf die Frage nach den Beziehungen der Menschen untereinander und nach der Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft eine Antwort zu geben[1]. Ist somit der Mensch immer Mittelpunkt der zu findenden Ordnung (nicht notwendig der hiefür massgebenden Idee), so lautet die Alternative doch: als Individuum oder als Gemeinschaftsglied[2]. Diese beiden Endpunkte bestimmen die Bandbreite der denkbaren Lösungen gesellschaftlichen Zusammenlebens: Hier eine Gruppe von Individuen, deren Freiheitssphären nur je von jener der anderen begrenzt werden, und die Eingriffe durch die Gemeinschaft nur im Austausch gegen direkte Vorteile erdulden; dort eine Gemeinschaft, deren Glieder Funktionäre ohne jede Autonomie sind.

Aus den möglichen Lösungen – das eine oder andere Extrem oder eine Zwischenform – die «richtige» herauszustellen, wäre die Aufgabe einer bestimmten Wertordnung. Die Erfahrung, dass sich die Wertvorstellungen im Lauf der geschichtlichen Entwicklung immer wieder geändert haben[3], die Gegensätzlichkeit der «Urordnungen», auf welchen die Wertvorstellungen aufbauen[4], und ihre Unbeweisbarkeit[5] zeigen, dass es absolute Werte nicht gibt. Nach der «reinen Rechtslehre» ist daher nicht nur von jeder Seinsbetrachtung, sondern auch von jeder Wertung abzusehen[6].

Auch der «Wertrelativismus»[7] geht vom Fehlen einer absoluten Wertordnung aus. Dennoch ist das Verhältnis des Einzelnen zur Gemeinschaft in einer bestimmten Rechtsordnung durch eine Wertordnung festgelegt, deren Geltung allerdings, da sie nicht absolut sein kann, auf einem bewussten Entscheid beruht[8]. Die möglichen Wertordnungen lassen sich nach RADBRUCH danach unterscheiden, ob sie den Individual-, den Kollektiv- oder den Werkwerten den Vorrang einräumen[9]. RADBRUCH hat in diesen Kategorien anfänglich unvereinbare Gegensätze gesehen, jedoch später auf die gegenseitige Abhängigkeit und

[1] HAUSHEER, Rechtsgleichheit Due Process and Equal Protection, Abhandlungen z. schweizerischen Recht, NF Nr. 371, Bern 1966, 36. Eine Antwort, die jede Generation für ihre Zeit neu erarbeiten muss, RAISER, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. 1, Karlsruhe 1960, 101 ff., 127.

[2] HAUSHEER (vorn Anm. 1), 36.

[3] ZIPPELIUS, 108.

[4] Vgl. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, 365 ff.

[5] RADBRUCH, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, in: Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, 81 ff., 81 f.

[6] Vgl. KELSEN, Reine Rechtslehre, 2. A., Wien 1960. Ferner LARENZ, 72 ff.; GUTZWILLER, Was ist Gerechtigkeit?, ZSR *1953* I 393 ff., SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, 367 Anm. 21.

[7] Vgl. LARENZ, 102 ff.

[8] RADBRUCH, 144.

[9] RADBRUCH, 142 ff.; SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, 367 ff.

Verbindung individualistischer, kollektiver und transpersonaler Werte hingewiesen und für den Einzelnen in jeder Wertordnung ein Minimum an Freiheit gefordert [10].

Dieser dem Individuum zukommende Wert beruht nun allerdings auf einer unbeweisbaren und dennoch mit dem Anspruch auf Absolutheit auftretenden «Urordnung» – der Idee der Menschenrechte. Dass ohne solche Anerkennung des Menschen als eines Wertes an sich gewisse Erscheinungen der Rechtsordnung und diese als Ganzes nicht vernünftig zu erklären wären, ist kein Beweis für die (absolute) Richtigkeit, sondern nur ein Indiz für die Geltung dieser Idee [11]. Wertrelativismus bedeutet so schliesslich nicht mehr, dass alle Wertordnungen an sich möglich sein sollen, sondern dass das Individuum sich bald mehr, bald weniger den Forderungen der Gemeinschaft zu beugen hat. Entsprechend verändern sich die subjektiven Rechte (als der Bereich autonomen Handelns) und die Pflichten, die dem Einzelnen gewährt beziehungsweise auferlegt werden [12].

Mithin ist für einen bestimmten Sachverhalt und für einen bestimmten Zeitpunkt festzustellen, welches die für das Verhältnis zwischen den Individuen und für ihre Stellung in der Gemeinschaft massgebende Wertordnung ist [13], genauer: welches die Rangfolge der einzelnen Werte ist. Denn einzelne Werte, einmal entdeckt und erfahren, können allenfalls in Vergessenheit geraten, bleiben aber in ihrem Inhalt unverändert [14]: »... die Vorzugsverhältnisse und damit die Entscheidungen in den Wertkonflikten sind es, die sich ... wandeln» [15]. Fehlt es, wie gesehen, an einer absoluten Rangordnung, so hat man sich «... mit der Wertordnung [zu] begnügen, wie sie in der jetzigen historischen Situation erfasst werden kann» [16].

Folgende Gründe zwingen den Richter, sich von seinen eigenen Wertvorstellungen zu lösen, selbst wenn er diese als der allgemeinen Auffassung überlegen empfindet: er hat zu entscheiden als Repräsentant der Allgemeinheit, als Organ des Staates; die Rechtssicherheit gebietet, ein Verhalten der allgemeinen und

[10] Radbruch, 150; Larenz, 102; Schneider (vgl. Radbruch), 368; Schluep, Die wohlerworbenen Rechte, 369ff.

[11] Radbruch (vorn Anm. 5), 87, 89; Schneider (vorn Anm. 10), 368.

[12] Radbruch, Der Mensch im Recht, in: Der Mensch im Recht, Vgl. ferner Gierke, 4f.; Bürgi, Individualistische und kollektivistische Strömungen im geltenden Privatrecht, insbesondere im Hinblick auf Eigentum und Arbeitsleistung, in: Individuum und Gesellschaft, Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handelshochschule St. Gallen, St. Gallen 1949, 307ff., 309ff., 327; Schluep, Die wohlerworbenen Rechte, 373, Anm. 43.

[13] Larenz, 132ff.

[14] Zippelius, 110ff., 161f.

[15] Zippelius, 111, 179ff. Zu den realen Faktoren, «... die den Boden bereiten, auf dem gewisse Werte erst an Aktualität gewinnen», und zu den Ideen, welche den Wandel der Wertordnung bewirken, vgl. Zippelius, 162ff.; Schluep, Die wohlerworbenen Rechte, 377ff.

[16] Zippelius, 112.

daher im voraus bekannten Rechtsmoral gemäss zu beurteilen; die Gleichbehandlung verlangt, dass gleiche Sachverhalte nicht nach unterschiedlichen Vorstellungen verschiedener Richter beurteilt werden[17].

Eine allgemein herrschende Wertordnung bildet sich nur dort heraus, wo die Einzelnen, deren Vorzugstendenzen sich nach mancherlei Gesichtspunkten unterscheiden[18], zu einem übereinstimmenden Werturteil kommen. Nicht der Vorgang des Erkennens, Erfühlens oder Erdenkens ist bei allen der gleiche, sondern das von diesem Vorgang ablösbare Ergebnis: die Erkenntnis, das Gefühlte, das Erdachte. Dieses kann anderen als etwas Objektives mitgeteilt und (als «Tradition») weitergegeben werden; es macht bei übereinstimmendem Inhalt die kollektive Rechtsmoral aus[19]. Diese ist dann massgebend, wenn sie in Geltung ist[20], d.h. von einer (nicht zahlenmässigen, sondern) nach Autorität gewogenen Mehrheit vertreten wird. Geltung und Nichtgeltung sind nicht scharf zu trennen; man hat sich eine Abstufung vorzustellen «... vom allmählichen Heraufdämmern eines Rechtsgedankens ... bis zu seiner vollen Lebenskraft und weiter bis zu seinem Abklingen»[21]. Geltung kann nur eine Rechtsauffassung beanspruchen, die den Einzelnen nicht eingeredet worden ist, sondern von ihnen nachvollzogen werden und vor ihrem Gewissen bestehen kann[22]; was nur suggeriert worden ist, kann freilich zu echter Überzeugung werden[23].

Die herrschende Wertordnung kann sich in offensichtlich übereinstimmenden Ansichten zu grundlegenden Fragen manifestieren[24], manchmal auch aus einer im Gesetz genannten Zweckbestimmung oder aus seiner Bezeichnung geschlossen werden[25]. Meist lässt sie sich aber nur aus dem Vergleich mit anderen Rechtsnormen, aus dem Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung ableiten. Vorrangige Bedeutung haben die Wertvorstellungen, die in der Verfassung erkennbar, wenn auch selten ausdrücklich genannt sind; Verfassungsnormen entfalten mithin eine «mittelbare Drittwirkung»[26]. Weiter können Sitten und tat-

[17] Zippelius, 131 ff.; Rüthers, 56 f.; Schluep, Die wohlerworbenen Rechte, 374.
[18] Zippelius, 127 ff.
[19] Zippelius, 145 ff.
[20] Zippelius, 147 ff.
[21] Zippelius, 150.
[22] Zippelius, 181 ff.
[23] Zippelius, 190 ff.
[24] Zippelius, 150.
[25] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 204 ff.
[26] Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 206; Germann, 91 ff.; Larenz, 135, 318 f.; Bürgi (vorn Anm. 12), 310; Oftinger, ZSR *1960* II 658 a f.; Merz, ZSR *1962* I 416; Saladin, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, 307 ff.; Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, 160 ff., 170; Schluep, Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, ZSR *1972* I 353 ff., 385; Hausheer (vorn Anm. 1), 117, Anm. 117.
Im Zusammenhang mit der Bestimmung der Wertordnung interessiert allein der (objektive) Wertgehalt der Verfassung, nicht die Frage nach subjektiven Ansprüchen qua unmittelbarer Drittwirkung; vgl. dazu Soergel/Siebert/Knopp, § 242 BGB N 23 ff.

sächliche Ordnungen zwar nicht selber wertbestimmend, aber immerhin Indizien für eine Wertordnung sein[27].

«All diese Indizien für die herrschende Rechtsauffassung lassen jedoch Zweifel offen. Die Wertungen, die in den Rechtssätzen zum Ausdruck kommen, schliessen sich nicht zu einer lückenlosen Wertordnung zusammen, aus der alle Wertungsfragen, die das Leben stellt, bereits eine Entscheidung fänden. Sie geben vor allem auch nicht das Bild einer homogenen Wertordnung[28].» Wertordnungen sind im zeitlichen Ablauf veränderlich, schwierig zu erkennen und erweisen sich als widersprüchlich. Es gibt kein geschlossenes Wertsystem, keine «Wertmathematik», sondern «...alle inhaltliche Werterkenntnis [ist] auf die Werterfahrung angewiesen»[29].

Ist eine allgemeingültige Wertvorstellung nicht zu erkennen, weil jeder Anhaltspunkt fehlt, so trifft der Richter nicht mehr einen Wert-, sondern einen Willensentscheid; er richtet sich nach seiner individuellen Wertordnung. Zeigt auch diese nicht, welche von mehreren Lösungen vorzuziehen ist, bleibt als letztes Mass die Zweckmässigkeit[30].

4.2. Missachtung moralischer Gebote

Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, missbräuchlich sei jene Rechtsausübung, die gegen Gebote der Moral verstösst[1]. Die Moral, als umfassender Komplex ethischer Normen, die das menschliche Denken und Handeln leiten sollen, wird dort als (meist zwangsweise durchsetzbares) Recht konkretisiert, wo die Befolgung ihrer Vorschriften für das menschliche Zusammenleben unerlässlich ist. Selbst organisatorische Normen, denen zunächst ein moralischer Gehalt abzugehen scheint, stehen im Dienst der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit[2].

[27] Zippelius, 154f.
[28] Zippelius, 157.
[29] Zippelius, 160ff., auch 113f., 179f.
[30] Zippelius, 193ff., 208ff.

[1] So bei Diller, «Rechtsmissbrauch», Staatslexikon, Bd. 6, Freiburg i. Br. 1961, Sp. 664ff., 665; Ripert, N 29; *ders.*, La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1927, 157ff., 167; Dabin, 293ff.; Spiro, Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948, 223ff.; Simonius, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948, 281ff., 293, spricht von «individueller Sittlichkeit». Auch für Martin, 34, bestehen für die Rechtsausübung moralische Schranken, nur bestreitet er, dass sie durch richterliches Urteil durchgesetzt werden können.

[2] Radbruch, 127ff.; Bürgi, 30ff., 45f.; Schluep, Die wohlerworbenen Rechte, 304ff.; Hinderling, 13; Spiro (vorn Anm. 1), 224ff.; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. A., München 1972, 31; Josserand, N 254; Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., 2. A., Bern 1941, Art. 19 OR N 33; Merz, Ordnungsmacht, 8ff.

Die «herrschende» Moral ist nichts anderes als der Ausdruck der Wertordnung in einer bestimmten Gesellschaft; mithin erfordert auch die Bestimmung der richtigen Rechtsausübung nach moralischen Kriterien nichts anderes als einen Rückgriff auf diese Wertordnung. Moralisch richtige und wertbestimmt-zweckgerechte Rechtsausübung meinen somit das gleiche: «D'une façon générale, la référence à la règle de moralité contenue dans l'article 2 [sc. du code civil] s'objective dans l'idée que les droits ne peuvent s'exercer contrairement à leur but et en l'absence d'intérêt de leur titulaire[3].»

5. Rechtsmissbrauch als zweckwidrige Rechtsausübung

Zusammenfassend ist als missbräuchlich jene Ausübung eines Rechtes zu bezeichnen, die nicht die Verwirklichung des Zwecks verfolgt, wie er sich aus der systematischen Stellung des Rechtes in der Rechtsordnung, aus dem sachlichen Zusammenhang der Rechtsausübung und aufgrund der geltenden Wertordnung ergibt.

6. Zum Geltungsbereich des Verbotes zweckwidriger Rechtsausübung

Im folgenden ist zu Äusserungen Stellung zu nehmen, wonach die Geltung des Rechtsmissbrauchsverbotes im Sinne des Verbotes zweckwidriger Rechtsausübung von einschränkenden Voraussetzungen abhängig zu machen oder gegenteils auszudehnen ist auf Sachverhalte, die von ihm nach gängiger Vorstellung nicht betroffen werden. Wegleitend soll in beiden Fällen die Überlegung sein, dass das Missbrauchsverbot Element des Rechts als einer zweckbestimmten Ordnung ist.

6.1. Geltung auch ohne «Sonderverbindung»

Das Gebot von Treu und Glauben, und damit auch das Rechtsmissbrauchsverbot, sollen nach verbreiteter Meinung nur jene Rechtsausübung leiten, die im Rahmen einer «Sonderverbindung» stattfindet.

Für das ZGB gilt nach Merz, dass sich Art. 2 «... in der Hauptanwendung auf bereits bestehende oder angebahnte Rechtsbeziehungen [bezieht], deren Inhalt näher ausgeformt und deren Schranken festgelegt werden. Er setzt eine *recht-*

[3] Deschenaux, 144. Nach Spiro (vorn Anm. 1), 225, hat die Moral «... unmittelbare Geltung kraft ausdrücklicher Verweisung des Gesetzgebers (namentlich in Art. 2 ZGB)».

liche Sonderverbindung und damit ein bestimmtes Vertrauen der an ihr Beteiligten voraus. Die sich daraus ergebenden Anforderungen sind höher als die aus dem Massstab der Widerrechtlichkeit oder des Verstosses gegen die guten Sitten abzuleitende Forderung des ‚ethischen Minimums', das von jedermann und in jeder Lage zu respektieren ist...»[1]. Die Beziehung zwischen den durch das Gebot von Treu und Glauben Gebundenen kann auf Vertrag, aber auch auf Gesetz beruhen, wie es etwa bei benachbarten Grundstückseigentümern aufgrund des Nachbarrechts der Fall ist[2].

Streitig ist, ob ein Verhältnis, wie es zwischen Konkurrenten auf dem Markt besteht und durch die Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb geregelt wird, als Sonderverbindung zu bezeichnen ist. MERZ lehnt diese Auffassung ab; die Formel «Treu und Glauben», wie sie auch im UWG enthalten ist[3], hat daher eine von Art. 2 ZGB abweichende, «...dem allgemeinen Sittenverstoss entsprechende Bedeutung»[4]. GERMANN sieht dagegen gerade zwischen Konkurrenten ein Verhältnis der «Gegenseitigkeit», welches ein Verhalten nach Treu und Glauben erfordert[5].

Auch die deutsche Doktrin geht zunächst davon aus, dass die Anwendung des Gebotes von Treu und Glauben das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung bedingt[6]. Die Einordnung von § 242 BGB bei den Bestimmungen über das Schuldrecht legt (eher als die Stellung von Art. 2 ZGB in den Einleitungsartikeln) nahe, die aus ihm abgeleiteten Grundsätze über Treu und Glauben sowie Rechtsmissbrauch allein auf rechtlich gefestigte (und ursprünglich nur vertragliche) Bindungen anzuwenden[7]. Der Begriff der rechtlichen Sonderverbindung wird allerdings sehr umfassend verstanden, denn «...ein durch eine konkrete Interessenverknüpfung begründeter *sozialer Kontakt* reicht aus, um ein Verhältnis als rechtliche Sonderverbindung zu kennzeichnen»[8].

[1] MERZ, Art. 2 ZGB N 34; vgl. auch DESCHENAUX, 137.

[2] DESCHENAUX, 137.

[3] Art. 1 I UWG: «Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen.»

[4] MERZ, Art. 2 ZGB N 34; DESCHENAUX, 138.

[5] GERMANN, Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945, 244f.; *ders.*, Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, in: FS Walther Hug, Bern 1968, 207ff., 210. Gleich wohl v. BÜREN, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957, Allgemeines N 14.

[6] Vgl. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. A., München 1970, 103, 107; *ders.*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. A., München 1972, 184; SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 17ff; BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerb, Teil I N 83. Zwischen Wettbewerbern liegt nach deutscher Lehre keine Sonderverbindung vor; massgebend ist daher das Gebot der Sittlichkeit; vgl. LARENZ (Schuldrecht), 103; BAUMBACH HEFERMEHL, Wettbewerb, a.a.O.

[7] SOERGEL, SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 17. § 242 BGB: «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.»

[8] SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 18.

Darüber hinaus scheint es zumindest einem Teil der Lehre möglich, von der tatbestandsmässigen Voraussetzung der Sonderverbindung für die Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots ganz abzusehen und auch dort einen Missbrauchsfall anzunehmen, wo ungerechtfertigte Rechtsansprüche gegenüber einem Dritten geltend gemacht werden, mit dem keine weiteren Beziehungen bestehen[9]. Der Tatbestand der Schädigung durch ungerechtfertigte Inanspruchnahme eines Rechts wird also – mit Blick auf die Rechtsausübung – generell zum Rechtsmissbrauch geschlagen[10].

Es leuchtet in der Tat ein, dass nach dem Grad und der Art der Beziehungen zwischen zwei Personen nicht unterschieden wird, ob in einem bestimmten Fall ein Recht «missbräuchlich ausgeübt» wird oder ob die Rechtsausübung «nur» eine sittenwidrige Schädigung ist[11], sondern vielmehr, welches Verhalten angesichts der konkreten Beziehungen missbräuchlich ist: Immer geht es um die Frage, welchen Inhalt ein Recht in einem gegebenen Sachverhalt gemäss der massgebenden Wertordnung hat. Man wird daher das «ethische Minimum», die «guten Sitten»[12] nicht so sehr vom Gebot von Treu und Glauben absetzen, als vielmehr in jenem die Anforderungen an die Rechtsausübung erkennen, welche dieses verlangt, wenn die Beziehungen nicht enger sind als die «... allgemeine Interdependenz des täglichen Lebens» es mit sich bringt[13]. Auszugehen ist also von einem allgemeinen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, das seinen konkreten Inhalt erhält durch die besonderen Verhältnisse der jeweiligen Beziehung[14]; je enger diese ist, um so strenger die Anforderungen[15].

Die als Einschränkung gedachte Voraussetzung einer rechtlichen Sonderverbindung für die Geltung des Rechtsmissbrauchsverbots ist nach diesen Überlegungen nicht aufrechtzuerhalten[16]; sie ist zudem wenig logisch, weil jede Aus-

[9] Soergel Knopp, § 826 BGB N 77; Larenz (vorn Anm. 6, Allg. Teil d. bürgerlichen Rechts), 182ff.

[10] Das hindert nicht, mit Blick auf die Verletzung eines Dritten, die missbräuchliche Rechtsausübung zum Bereich der widerrechtlichen Handlungen zu zählen. Die beiden Kategorien schliessen sich nicht gegenseitig aus, sondern die missbräuchliche Rechtsausübung kann eine der Formen der Verletzung fremder, rechtlich geschützter Interessen sein.

[11] Vgl. Anm. 10.

[12] Vgl. dazu Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abt., 2. A., Bern 1941, Art. 41 OR N 35; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obligationenrecht, 1. Halbbd., 2. A., Zürich 1929, Art. 20 OR N 27ff; ferner Soergel/Knopp, § 826 BGB N 6, 18.

[13] Egger, Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Zürich 1950, 123f.

[14] Siegwart, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a) allgemeine Bestimmungen, Zürich 1945, Einleitung N 97; Egger, Art. 2 ZGB N 7; *ders.* (vorn Anm. 13), 122f.; Tuor, 43.

[15] Vgl. Schluep, Die wohlerworbenen Rechte, 336.

[16] Man kann am Unterschied zwischen sitten- und treuwidrigem Verhalten festhalten, wenn man damit eine graduelle Verschiedenheit der Anforderungen an die Rechtsausübung meint; immer handelt es sich aber um rechtsmissbräuchliches Verhalten; vgl. dazu Soergel Knopp, § 826 BGB N 84; Hans-Rudolf Horn, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, Diss. Mainz 1962, 150.

übung eines subjektiven Rechts das (mindestens scheinbare) Bestehen eines Anspruches gegen einen oder mehrere Verpflichtete, mithin eine spezielle Beziehung voraussetzt[17]. Ob diese wirklich vorhanden ist, kann oft erst entschieden werden, wenn auf dem Wege der Auslegung bestimmt ist, ob die Behauptung des Anspruches nicht missbräuchlich ist[18].

Des weiteren sind viele der sogenannten «rechtlichen Sonderverbindungen» (wie zwischen Nachbarn, zwischen Ehegatten, zwischen Konkurrenten im Sinne des UWG, zwischen Vertragspartnern) weniger Voraussetzungen für die Geltung des Gebotes von Treu und Glauben als eher dessen Konkretisierung in typischen oder vertraglich speziell gestalteten Beziehungen, und geben als solche eine erste inhaltliche Bestimmung der dem Einzelnen zukommenden Rechte.

6.2. Geltung auch bei der Inanspruchnahme von «Rechtslagen»

Im Zusammenhang mit dem Problem der Auslegung der subjektiven Rechte hat sich gezeigt, dass der Erscheinung des Rechtsinstitutes eine wesentliche Bedeutung zukommt[1]. Es ist der sachlich abgegrenzte Bereich eines vom Recht geordneten Lebensverhältnisses, in welchen das einzelne subjektive Recht system- und wertungsgemäss einzuordnen ist. Wenn nun der Zweck eines subjektiven Rechtes und seine richtige Ausübung wesentlich durch den institutionellen Zusammenhang bestimmt werden, so sind die bisherigen Ausführungen doch immer vom Missbrauch dieses subjektiven Rechtes als solchem ausgegangen; im folgenden ist daher die Frage zu beantworten, ob nicht mindestens teilweise das Institut selber Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauches (in einem erweiterten Sinn) sein sollte; insbesondere dort, wo sich die Berechtigung zu einer Handlung nur mit Mühe auf ein subjektives Recht zurückführen lässt.

Die deutsche Lehre kennt die Begriffe «Normenmissbrauch» und «Institutsmissbrauch». Beide beziehen sich auf eine Ausweitung des Gedankens des eigentlichen Rechtsmissbrauchsverbotes – des Verbotes zweckwidriger Ausübung subjektiver Rechte – auf Rechtsstellungen schlechthin, unbeschadet ihrer formalen Ausgestaltung als subjektive Rechte, als Handlungsmöglichkeiten im Rahmen eines Institutes[2] oder als bestimmte Einzelnormen (wie beispielsweise die Verjährungseinrede). Die Ablösung des Rechtsmissbrauchsbe-

[17] So gesehen lässt sich auch der scheinbare Widerspruch bei BÜRGI, 113ff., auflösen, wonach zwar das Gebot von Treu und Glauben bei Ausübung aller Rechte zu beachten sei, zugleich aber den Gedanken gegenseitiger Rücksichtnahme (v.a. in Vertragsbeziehungen) verkörpere.

[18] Man denke an einen Kaufvertrag (als Fall «rechtlicher Sonderverbindung»), bei welchem die Berufung auf Nichtigkeit wegen Formfehlers (möglicherweise) rechtsmissbräuchlich ist.

[1] Vgl. vorn 4.1.2.

[2] Vgl. vorn 4.1.2.

griffs vom subjektiven Recht wird jedoch nicht von allen Autoren mit gleicher Konsequenz durchgeführt:

Zunächst unterscheidet ESSER bei der Ausübung subjektiver Rechte «individuellen» und «institutionellen» Rechtsmissbrauch[3]. Individueller Missbrauch liegt vor, wenn das Recht zwar grundsätzlich institutionsgerecht ausgeübt wird, die Ausübung aber im Einzelfall aus vorwiegend ethischen Überlegungen als missbräuchlich anzusehen ist, etwa weil sie schikanös, egoistisch oder widersprüchlich, kurz, weil sie nicht mehr «loyale Interessenwahrnehmung» ist[4]. Um institutionellen Rechtsmissbrauch handelt es sich bei der Ausübung in Überschreitung der Grenzen, die sich aus «... der objektiven Delegation von Aufgaben an die Gestaltungsmacht des Einzelnen ... und der objektiven Aufgabe eines Gesetzesinstitutes ...» ergeben. Die hier anstehende Sachfrage erscheint «... gar nicht mehr als Frage ... missbräuchlicher Verfolgung eines subjektiven Rechts ...»[5], sondern als solche der Beachtung des übergeordneten Gesamtinteresses und der tragenden Grundprinzipien einer Rechts- und Wirtschaftsordnung[6].

Noch eindeutiger die Zusammenfassung der überwiegenden Meinung im Kommentar SOERGEL/SIEBERT: Es wird die Möglichkeit eines «Missbrauchs von Rechtsinstitutionen und Rechtsnormen»[7] anerkannt, welcher von der Grundlage eines subjektiven Rechtes völlig absieht. Es handelt sich um die «unzulässige Ausnutzung von Rechtslagen»[8]. «Die Einschränkung formal unbegrenzter Normwirkungen ...» gilt mithin nicht nur für subjektive Rechte, sondern überall, wo sich dem Einzelnen aufgrund der Rechtsordnung Handlungsmöglichkeiten eröffnen; der Missbrauch subjektiver Rechte umfasst daher nur einen Teilbereich des Rechtsmissbrauchs im weiteren Sinn[9].

Der erwähnte Begriff «Normenmissbrauch»[10] erfasst sowohl den Missbrauch einer Handlungsmöglichkeit, welche eine einzelne Norm eröffnet, wie einer solchen, die sich aus dem Sachzusammenhang eines Institutes ergibt. Für RAISER jedoch ist allein der Begriff «Institutsmissbrauch» sinnvoll, weil eine

[3] ESSER, Schuldrecht, 33 ff.
[4] ESSER, Schuldrecht, 35.
[5] ESSER, Schuldrecht, 34.
[6] ESSER, Schuldrecht, 35.
[7] SOERGEL MORMANN, N 6 vor § 226 BGB; SOERGEL SIEBERT KNOPP, § 242 BGB N 37 ff.; vgl. auch RAISER, Rechtsschutz, passim, 167.
[8] SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 37 ff.
[9] SOERGEL SIEBERT KNOPP, § 242 BGB N 170. Die Begründung dieses umfassenden Rechtsmissbrauchsverbotes aus dem Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist teilweise bestritten; nach RAISER, Rechtsschutz, 162 Anm. 44, handelt es sich vielmehr um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der keiner gesetzlichen Anordnung bedarf. Die Geltung als allgemeiner Rechtsgrundsatz und die Begründung durch das Gebot von Treu und Glauben müssen sich allerdings nicht ausschliessen. Vgl. dazu auch BARTHOLOMEYCZIK, § 22 GWB N 82; MERZ, Art. 2 ZGB N 420.
[10] SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 169.

Norm als solche nicht missbraucht werden könne[11]. Insoweit verfehlen aber beide Ausdrücke (wie auch der Begriff «Rechtsmissbrauch» selber) den Kern des Gedankens, dass missbräuchlich sein kann die zweckwidrige Ausnützung einer bestimmten Rechtslage, die dem Berechtigten einen Bereich selbstbestimmten Handelns zuweist.

In der schweizerischen Doktrin ist der Begriff des Instituts- oder Normenmissbrauchs wenig verbreitet[12]; verschiedentlich wird auch ausdrücklich der Rechtsmissbrauch als Missbrauch subjektiver Rechte definiert[13]. Das ändert nichts daran, dass das Rechtsmissbrauchsverbot (als Verbot des Missbrauchs einzelner Normen) auf Rechtsstellungen bezogen wird, die sich kaum als subjektive Rechte bezeichnen lassen[14], für die jedenfalls die Definition als subjektives Recht oder als Inanspruchnahme einer «Rechtsregel»[15] nicht entscheidend sein darf dafür, welchen Anforderungen die Ausübung gerecht zu werden hat[16]. Auch bezüglich des Institutsmissbrauchs unterscheidet sich die schweizerische Auffassung materiell vermutlich nicht von der deutschen, wenn man davon ausgeht, dass sie im Privatrecht ein relativ lückenloses System von subjektiven Rechten oder Persönlichkeitsrechten sieht und daher als Missbrauch eines subjektiven Rechtes[17] begreift, was nach einem Teil der deutschen Lehre Missbrauch einer institutionell bestimmten Aufgabe oder Funktion ist.

Aus diesen Gründen scheint es sinnvoll, einen weiten Begriff des Rechtsmissbrauchsverbotes zu verwenden, der auch die zweckwidrige Ausnutzung von Rechtslagen ganz generell erfasst; um so mehr als es dem Gesetzgeber letztlich freisteht, ein Ziel durch Gewährung subjektiver Rechte oder durch objektive Verhaltensvorschriften zu erreichen[18]. Soweit aber dem Einzelnen sich auf die-

[11] Raiser, Missbrauch im Wirtschaftsrecht, JZ *1972* 732ff., 733 Anm. 7.

[12] Siegwart, 29, spricht davon, dass jemand «...direkt das Institut der Ehe...» missbrauchen kann, führt dann aber aus: «Beim Rechtsmissbrauch gehen wir von der Idee aus, der scheinbare Inhalt eines *subjektiven* Rechts bedürfe ... einer Einschränkung.»

[13] Siegwart, 29; Bürgi, 132; Bucher, 38. Egger, Art. 2 ZGB N 23, erwähnt immerhin, dass auch die Betätigung der «natürlichen Freiheit» missbräuchlich im Sinne von Art. 2 ZGB sein kann. Soweit ersichtlich, nimmt nur Koller, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Fribourg 1967, 133ff., unter Hinweis auf Siegwart und Raiser, den Begriff des Institutsmissbrauches auf. Er versteht darunter das Fehlen der Orientierung am Zweck, welcher zu einer bestimmten, in positiven Normen festgelegten Regelung geführt hat.

[14] Vgl. Merz, Art. 2 ZGB N 312ff.: Geltendmachen eines Irrtums; N 461ff.: Berufung auf Formungültigkeit; N 512ff.: Verjährungseinrede.

[15] Tuor, 47.

[16] So spricht Merz, Art. 2 ZGB N 420, einfach von «Rechten» und anerkennt auch - in Anlehnung an die deutsche Lehre – die Möglichkeit des Missbrauchs von «Rechtslagen», mindestens soweit diese sich aus einzelnen Normen ergeben.

Gleiches gilt für die französische Doktrin; Ripert, N 58ff.: Missbräuchliche Erhebung einer Klage; N 72ff.: Missbräuchliche Einrede; N 77ff.: Missbräuchlicher Rekurs.

[17] Allenfalls müsste man eher vom Missbrauch einer «persönlichkeitsrechtlichen Befugnis» sprechen; vgl. vorn 4.1.2.

[18] Vgl. Kummer, Schutzgut, 77ff., 80.

sem oder auf jenem Weg ein Raum zur Entfaltung eigener Initiative ergibt, ist ihre zweckwidrige Ausübung immer missbräuchlich [19].

6.3. Geltung unabhängig von subjektiven Umständen der Rechtsausübung

Die schweizerische Doktrin vertritt überwiegend die Auffassung, dass es für die Geltung des Rechtsmissbrauchsverbotes auf die subjektiven Momente der Rechtsausübung nicht ankommt; weder ist Verschulden eine notwendige noch Schädigungsabsicht im Sinn der Schikane eine hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs [1].

Gleiches gilt für die deutsche Lehre, wo das allgemeine, auf § 242 BGB abgestützte Rechtsmissbrauchsverbot das in § 226 BGB statuierte Schikaneverbot weitgehend verdrängt hat [2].

Eine allein auf den objektiven Tatbestand abstellende Beurteilung der Rechtsausübung steht auch im Einklang mit der Herleitung des Zwecks der Rechte aus dem ganzen System- und Wertzusammenhang [3]. Deshalb ist nicht nur die Beurteilung der Ausübung eines Rechtes unabhängig von den subjektiven Verhältnissen beim Berechtigten vorzunehmen; auch die Wertung der mit dem Recht geschützten Interessen darf nicht davon beeinflusst werden [4]. Dies gilt um so mehr, als andernfalls doch subjektive Erwägungen die Beurteilung der Rechtsausübung bestimmen würden: diese hat sich ja nach dem zweckbestimmten Rechtsinhalt zu richten [5]. Subjektives Fehlverhalten ist daher nicht beim Rechtsmissbrauchsverbot als solchem, nämlich dem Verbot zweckwidriger Rechtsausübung, sondern im Zusammenhang mit den allfälligen Rechtsfolgen zu beachten.

Auch in der französischen Doktrin gilt nach neuerer Ansicht das Rechtsmissbrauchsverbot als Teil der Lehre vom subjektiven Recht, doch hat es sich vom

[19] BGE *94* I 667: «Merkmal des Rechtsmissbrauchs ist die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will.» So auch KOLLER (vorn Anm. 13), 141: «Nach richtiger Auffassung erfasst das Verbot des Rechtsmissbrauchs nicht nur den Missbrauch subjektiver Rechte, sondern auch die missbräuchliche Ausnützung von Rechtsinstituten, also von objektivem Recht.»

[1] MERZ, Art. 2 ZGB N 95, 105; TUOR, 47; EGGER, Art. 2 ZGB N 24; KARL HUBER, 79 ff.; REICHEL, Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: FS Rudolf Stammler, Berlin 1926, 281 ff., 320 f.

[2] Vgl. SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 10 ff.; SOERGEL/MORMANN, N 15 ff. vor § 226 BGB; ESSER, Schuldrecht, 35 ff.

[3] SOERGEL SIEBERT KNOPP, § 242 BGB N 12, wo allerdings der (nach den vorangegangenen Ausführungen) unzutreffende Eindruck erweckt wird, dass sich daraus immer eine Sozialbindung ergibt.

[4] A. M. SIEGWART, 34 f.; SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, § 242 BGB N 13, mit Hinweis auf HUBMANN, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP *1956* 85 ff., v. a. 115 ff.

[5] Ob beispielsweise (und unabhängig von speziellen nachbarrechtlichen Vorschriften) eine an der Grundstückgrenze stehende Mauer als Neidmauer (regelmässig) verboten, als Windschutz aber (möglicherweise) zulässig ist, hängt ab vom Eigentumsrecht, das durch einen nach *objektiven* Wertvorstellungen vorgenommenen Interessenausgleich bestimmt wird.

Deliktsrecht noch nicht ganz gelöst[6]. Deshalb scheinen subjektive Momente von entscheidender Bedeutung für das Rechtsmissbrauchsverbot zu sein: «...c'est une conduite qu'il s'agit d'apprécier dans la théorie de l'abus des droits, théorie éminemment subjective...»[7]. Jedoch besteht auch hier das Verhalten, das zum Vorwurf eines Fehlers führt, in der objektiv zweckwidrigen Ausübung eines Rechtes.

7. Das Verbot zweckwidriger Rechtsausübung als allgemeiner Rechtsgrundsatz

Die Ausführungen, die ausgegangen sind vom Begriff des Rechtsmissbrauchs, wie er in Art. 2 II ZGB enthalten ist, haben gezeigt, dass es sich beim Rechtsmissbrauchsverbot um eine Regel handelt, die Geltung als allgemeiner Rechtsgrundsatz beanspruchen kann[1] und positiv formuliert lautet: Alle Befugnisse sind zweckentsprechend auszuüben. Das Gebot gilt für alle Rechtsstellungen[2]; eine Beschränkung auf subjektive Rechte[3] oder auf Sonderverbindungen ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die Bedeutung des wertbestimmten Zwecks eines Rechtes für seine richtige Ausübung folgt aus der Aufgabe der Rechtsordnung, eine als gerecht empfundene Ordnung zu verwirklichen.

Zweckwidrig ist eine Rechtsausübung, ob sie im Einzelfall aus speziellen Gründen nicht schutzwürdige Interessen verfolgt oder ob sie den grundsätzlichen Gehalt einer Befugnis an sich missachtet; individueller und institutioneller Rechtsmissbrauch[4] sind daher Erscheinungen des gleichen Grundsatzes.

Als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt das Rechtsmissbrauchsverbot unabhängig von einer (allfälligen) gesetzlichen Normierung. Für seine Bedeutung im schweizerischen Recht kommt es daher nicht darauf an, ob etwa Art. 2 II ZGB sich nur auf die Ausübung subjektiver Rechte beziehe[5], ob diese Norm die in

[6] Vgl. Ferid, 190; David, 178ff.; Ripert, N 28f.; ferner Merz, Art. 2 ZGB N 112f.; Roulet, 14ff.

[7] David, 180.

[1] Merz, Art. 2 ZGB N 64ff.; Karl Huber, 119; Gallwas, 13f. Zum Begriff des Allgemeinen Rechtsgrundsatzes vgl. Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 405ff.

[2] Auch die Ausübung rechtsgeschäftlich begründeter Rechtsstellungen richtet sich nach ihrem Zweck, vgl. Merz, Art. 2 ZGB N 56f.; Tuor, 48f.; BGE 97 II 400; vgl. ferner Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. 1, Karlsruhe 1960, 101ff., 105.

[3] Nach Egger, Art. 2 ZGB N 29, und Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abt., 2. A., Bern 1941, Art. 41 OR N 45, wären selbst bestimmte subjektive Rechte grundsätzlich auszunehmen; vgl. dazu jedoch Merz, Art. 2 ZGB N 65f., 293.

[4] Vgl. vorn 6.2.

[5] Bucher, 38; es wird aber nicht bestritten, dass auch die Ausübung anderer als subjektiver Rechte missbräuchlich sein kann, wenn auch nicht im Sinn von Art. 2 II ZGB.

einem bestimmten Bereich massgebende Formulierung eines vorgegebenen Grundsatzes darstelle[6] oder ob der allgemeine Rechtsgrundsatz sich erst aus der positiven Norm hat entwickeln können[7].

Erweist sich der Gehalt des Rechtsmissbrauchsverbotes – das Gebot zweckentsprechender Rechtsausübung – als «notwendiges Prinzip»[8], das logisch nicht wegzudenken ist und unabhängig von jeder gesetzlichen Fixierung gilt[9], so kann es doch zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Rechtssystemen eine ganz unterschiedliche Gestalt annehmen: Konstant ist nur der allgemeine Sinngehalt, dagegen sind die jeweiligen Ausprägungen wandelbar[10]. Daraus erklären sich die unterschiedlichen Bedeutungen des Rechtsmissbrauchs nach der heutigen schweizerischen oder deutschen Lehre und des abus de droit nach der französischen Lehre, welche am Verschulden als Voraussetzung festhält[11]; daraus erklärt sich ferner, dass etwa das angelsächsische Recht einen solchen allgemeinen Grundsatz zwar möglicherweise zu entwickeln beginnt[12], regelmässig aber das vom Rechtsmissbrauchsverbot anvisierte Ziel auf dem Wege spezieller Regeln erreicht[13].

Dennoch führen gleiche Rechtsprobleme in vergleichbaren gesellschaftlichen Verhältnissen zu Lösungen, die funktional (wenn auch nicht unbedingt in ihrer dogmatischen Ausgestaltung) ähnlich sind, weil sie dem gleichen Ordnungsziel gerecht zu werden haben[14]. Umgekehrt kommt einer an sich unveränderten Norm zu verschiedenen Zeiten eine unterschiedliche Bedeutung zu, wenn sich die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen und Anschauungen verändert haben[15]. Wo sich der allgemeine Grundsatz zweckgerechter Rechtsausübung zum Rechtsmissbrauchsverbot verdichtet hat, handelt es sich bei diesem insoweit um einen Blankettbegriff, der gleichbleibende Wertungen nur vortäuscht[16].

Es wäre verfehlt, den Rechtsmissbrauchsbegriff des schweizerischen oder deutschen Rechts auf Rechtssysteme übertragen zu wollen[17], die die miss-

[6] BGE *83* II 348ff.
[7] Vgl. Esser, Grundsatz, 36f., 164.
[8] Esser, Schuldrecht, 33.
[9] Siegwart, 31; vgl. auch Josserand, N 1.
[10] Vgl. Larenz, 318.
[11] Vgl. vorn 6.3.
[12] Vgl. Esser, Grundsatz, 230f.
[13] Vgl. Roulet, 31ff.; M.A. Millner, Contrasts in Contract and Tort, in: Keeton/Schwarzenberger, English Law and the Common Market, London 1963, 68ff., 81, nennt als Beispiele solcher im Equity-Recht entwickelten Regeln: «Estoppel», die Verwirkung eines Rechts, v.a. bei venire contra factum proprium; «laches», die Versäumnis der Geltendmachung eines Anspruches.
[14] Esser, Grundsatz, 327, 336, 346, 349.
[15] Vgl. Esser, Grundsatz, 320; ferner vorn 4.1.3.1.
[16] Esser, Grundsatz, 328.
[17] Vgl. Esser, Grundsatz, 320f.

bräuchliche Ausübung von Rechten auf anderem Weg ahnden; die insbesondere den (objektiven) Tatbestand der zweckwidrigen Ausübung nicht von den Rechtsfolgen trennen, sondern im (schuldhaften) Missbrauch eines Rechtes ein Delikt sehen; oder die bestimmte Fälle zweckwidriger Berufung auf ein Recht, aber nicht einen allgemeinen Rechtsmissbrauchsbegriff kennen.

Dagegen gilt in allen Rechtsordnungen, soweit ähnliche Gerechtigkeitsvorstellungen und gesellschaftliche Verhältnisse gegeben sind[18], der Kerngehalt des Rechtsmissbrauchsverbotes[19], dass Rechte nur zweckentsprechend ausgeübt werden dürfen.

[18] Esser, Grundsatz, 378.
[19] Vgl. Esser, Grundsatz, 249.

1. Vorbemerkungen

Rechtsmissbräuchlich im Sinn von zweckwidrig, wie es im letzten Kapitel ausgeführt worden ist, kann die Ausübung von Macht sein, wenn es sich dabei um die Inanspruchnahme einer von der Rechtsordnung eingeräumten Berechtigung handelt. Es ist daher im folgenden zu untersuchen, in welcher Weise eine Machtstellung als Rechtsstellung begriffen werden kann.

Die Ausführungen zum Machtbegriff beschränken sich dabei auf jene Aspekte, welche erlauben, den Zusammenhang zwischen Macht und Recht im subjektiven Sinn (also nicht als Rechtsordnung) zu erkennen; weite Bereiche bleiben damit von vornherein ausgeklammert.

2. Zum Begriff der Macht

2.1. Macht als Handlungsspielraum

Macht als soziales Phänomen ist in zwischenmenschlichen Beziehungen zu finden; ein weiter Machtbegriff mag daneben auch die Beziehungen der Menschen zur Natur mitumfassen[1]. Macht «...bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel, worauf diese Chance beruht[2].»

Diese Definition MAX WEBERS wird angeführt, wo immer etwas über Macht gesagt wird. Sie wird auch heute noch in den Sozialwissenschaften als massgebender Ausgangspunkt angesehen[3], doch muss in der Folge der Machtbegriff jeweilen differenzierter umschrieben werden je nach den verschiedenen Beziehungssystemen, in welchen das Vorhandensein von Macht zu erkennen ist[4]. Macht liegt auch vor, wie aus der Definition WEBERS zu erkennen ist, wenn gar kein Widerstand überwunden werden muss. Sodann kann ein vorhandener Widerstand unter Umständen nicht durch das Zufügen

[1] STAMMER, 650; PFN, Bilateral Monopoly, Bargaining and Concept of Power, in: Power in Economics, London 1971, 105

[2] MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 1, 4. A., Tübingen 1956, 28. Nach JÖHR, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Bd. 1, St. Gallen, 1943, 240, ist Macht «ein Vermögen des Menschen», «etwas Geistiges», und die Chance, sich durchzusetzen (WEBER) ist erst die Folge solcher Macht.

[3] SAMBACH, 176.

[4] FÜRSTENBERG, Soziologie, Berlin/New York, 1971, 109.

von Nachteilen, sondern durch das Vorenthalten von Vorteilen gebrochen werden[5].

Die Wirkungen der (einen) Erscheinung der Macht lassen sich danach unterscheiden, ob man die Stellung des Mächtigen oder jene des Machtunterworfenen betrachtet:

Der Mächtige hat die Möglichkeit, unter verschiedenen Optionen zu wählen[6], und besitzt somit einen Handlungsspielraum[7]; Macht kann daher mit Können gleichgesetzt werden[8]. Für den Machtunterworfenen bedeutet dies, dass seine Handlungen durch den Willen eines Dritten dominiert werden[9], dass er seinerseits keine Wahlmöglichkeit hat für sein Verhalten[10], sofern der Mächtige seine Macht ausspielt.

Macht ist ein Zustand fehlenden Gleichgewichtes und beruht auf irgendwelchen Vorteilen des Einen gegenüber dem andern[11]; zu diesen Vorteilen tragen Faktoren bei, die entweder subjektiv (d.h. in der Person des Mächtigen oder in jener des Unterlegenen gegeben) oder objektiv (d.h. von äusseren Bedingungen abhängig) sein können[12].

Ob Gewalt im Sinne der Geltendmachung oder der Möglichkeit der Geltendmachung physischer Überlegenheit vom Begriff der Macht zu trennen ist[13], ob solche Gewalt eher ein Faktor ist, auf welchem Macht beruhen kann[14] oder vielmehr ein Mittel, dessen sich die Macht zu ihrer Durchsetzung allenfalls bedient[15], kann hier offenbleiben: Es genügt im Hinblick auf die vorliegende Aufgabe, einen Machtbegriff aufzuzeigen, der für die Erklärung des Verhältnisses zwischen Macht und subjektivem Recht, genauer: zwischen Marktmacht und subjektivem Recht, taugt. In diesem Zusammenhang kann physische Überlegenheit, sei es als Grundlage oder als Mittel der Macht, von vornherein ausgeschlossen werden.

Macht soll daher im folgenden verstanden werden als ein Handlungsspiel-

[5] Vgl. Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 74/I, Berlin 1973, 261 f.

[6] Behrmann, The Multinational Enterprise: Its Initiative and Governmental Reactions, The Journal of International Law and Economics, Jan. *1972* 215ff., 222.

[7] Oettle, Produktionsmitteleigentum und wirtschaftliche Macht, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 74/II, Berlin 1973, 1178.

[8] Hirsch, 2f.

[9] Rödding, Macht: Präzisierung und Messbarkeit, in: Macht und ökonomisches Gesetz (vorn Anm. 5), 458.

[10] Heuss, 187.

[11] Gehlen, 77f.

[12] Sambach, 175.

[13] Vgl. etwa Krelle, Macht und ökonomisches Gesetz in der Verteilung, in: Macht und ökonomisches Gesetz (vorn Anm. 5), 84f.

[14] Stammer, 650; Pen (vorn Anm. 1), 107.

[15] Hauser, 499; Eisler/Roretz, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Bd. 2, 4. A., Berlin 1929, 71.

raum, kraft dessen der Mächtige das Verhalten des Machtunterworfenen in einem gewissen Ausmass beeinflussen kann.

Dass «die Macht an sich böse ist...», wie JACOB BURCKHARDT mit Blick speziell auf die Macht des Staates festgestellt hat[16], widerspricht in dieser apodiktischen Form der allgemeinen Erfahrung. Man kann im Gegenteil in der Macht einen notwendigen Ordnungsfaktor des menschlichen Zusammenlebens sehen[17]. Zunächst ist aber davon auszugehen, dass Macht wertneutral ist und nur beurteilt werden kann, wenn feststeht, durch wen und auf welches Ziel hin sie eingesetzt wird[18]; dass die Machtausübung überhaupt einer Bewertung unterliegt beruht auf dem Umstand, dass Macht eben die Möglichkeit eröffnet, unter mehreren Handlungsweisen zu wählen[19].

2.2 Insbesondere die Machtbeziehungen zwischen Gleichgeordneten

Die Theorie der Macht unterscheidet zwischen Machtbeziehungen zwischen Gleichgeordneten aufgrund von Interessenkonstellationen (d.h. aufgrund unterschiedlicher Faktoren) und Machtbeziehungen aufgrund von Autorität in einem hierarchischen System, vor allem im Staat[1].

Die Frage, ob eine Machtstellung als (subjektive) Berechtigung gesehen werden kann, deutet auf die erste der genannten Arten von Machtbeziehungen, auf jene zwischen grundsätzlich Gleichgeordneten. Auch die zweite Form von Machtbeziehung spielt an sich im Zusammenhang mit den subjektiven Rechten eine Rolle: Subjektive Rechte sind von der Rechtsordnung gewährt und somit von der Macht des Staates über den Einzelnen abhängig. Davon ist im folgenden nicht die Rede; immerhin ist im Auge zu behalten, dass subjektive Rechte, soweit sie sozialgebunden und mit Pflichten belastet sind[2], eine Art delegierter staatlicher Macht enthalten.

[16] JACOB BURCKHARDT, Weltgeschichtliche Betrachtungen, Bd. 4 der gesammelten Werke, Basel 1956, 25.

[17] GEILER, 15; HAUSER, 500.

[18] HIRSCH, 2.

[19] HEUSS, 189f.

[1] MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, 4.A., Tübingen 1956, 542ff.; SCHERKORN, Marktinformation und Marktmacht, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 74/I, Berlin 1973, 584; FÜRSTENBERG, Soziologie, Berlin/New York 1971, 109f.

[2] Vgl. vorn 1. Kap., 4.1.2.2.

3. Macht und Berechtigung

Nach dem Vorausgegangenen ist es nicht notwendig, auf die grundsätzliche Antinomie zwischen Macht und Recht einzutreten und etwa der Frage nachzugehen, ob die Rechtsordnung eine Machtordnung ist oder sein könnte. Es geht allein noch um das Verhältnis zwischen «privater» Macht des Einzelnen (als Handlungsspielraum gegenüber Dritten) und einer gegebenen (und irgendwie begründeten) Rechtsordnung, welche die Beziehungen zwischen diesen Einzelnen regelt.

Geht man davon aus, dass Macht auf der Verschiedenheit von Eigenschaften und Vorteilen der Einzelnen beruht[1], so sind ersichtlich Machtverhältnisse aus der menschlichen Gemeinschaft nicht wegzudenken. Wo alle gleich sind, gleiches und gleichviel haben, ist eine solche Gemeinschaft nicht denkbar (noch notwendig). Mit Machtbeziehungen haben sich demnach alle Prinzipien auseinanderzusetzen, die das menschliche Zusammenleben organisieren: Sitte, Moral, Recht. Somit kann die Ausübung von Macht zunächst sittenwidrig oder unmoralisch sein.

Rechtlich relevant wird sie in jenen zentralen Bereichen, die ihrer Bedeutung wegen durch das Recht geregelt sind. Rechtlicher Organisation horizontaler Beziehungen scheint an sich das (unbestreitbare) Bestehen von Machtpositionen nicht zu entsprechen, beruht sie doch auf der Voraussetzung der Gleichheit aller[2]. «Wer sich im Bereich des bürgerlichen Rechts bewegen will, mag sich der Macht entäussern[3].» Die Gleichheit aller ist aber in einem bestimmten Ausmass nur formale Gleichheit und beseitigt daher nicht alle materiellen Unterschiede, die zwischen den Einzelnen bestehen; sie darf es nicht, wenn nicht die der Gleichheit ebenbürtigen Werte der individuellen Freiheit und der Selbstverwirklichung verloren gehen sollen. Weil also die Rechtsordnung bestimmte Machtstellungen anerkennt, kann man die von ihr gewährten subjektiven Rechte als «rechtlich geschützte Willensmacht»[4] bezeichnen; ganz generell handelt es sich bei den Berechtigungen, die dem einzelnen gewisse Handlungsmöglichkeiten eröffnen, um von der Rechtsordnung anerkannte Machtpositionen. Die Macht des einen über den andern wird somit vom Recht in Pflicht genommen, wird ein Element rechtlicher

[1] Vgl. vorn 2.1.

[2] Statt vieler: Raiser, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR *1948* 75ff., v.a. 90.

[3] Böhm, Das Problem der privaten Macht, in: Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, 25ff., 44; *ders.* Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd.1, Karlsruhe 1961, 1ff., 12.

[4] Vgl. vorn 1.Kap., 4.1.1.

Organisation und beschränkt auf ein zuträgliches Mass, eingerichtet auf ein schutzwürdiges Ziel[5, 6].

Die Ausübung von Macht ist mithin legal, wenn sie Ausübung einer Berechtigung ist, und legitim, wenn sie den ihr gesetzten Zweck beachtet[7]. «Der soziale Zweck begrenzt die Macht...»[8]; das ist auf die hierarchischen Verhältnisse des öffentlichen Rechtes gemünzt, muss aber auch für die Beziehungen zwischen Gleichgeordneten gelten.

Machtausübung – soweit es sich um vom Recht geordnete Sachverhalte handelt – ist also Rechtsausübung; als solche kann sie fehlerhaft sein: Sei es, dass die Grenzen des Rechts verletzt werden, sei es, dass dieses zweckwidrig ausgeübt wird. Dann ist aber Machtmissbrauch nichts anderes als Rechtsmissbrauch[9].

4. Machtmissbrauch als Rechtsmissbrauch

Macht und Machtmissbrauch, soweit es sich um Erscheinungen in horizontalen und rechtlicher Regelung unterliegenden Beziehungen handelt, lassen sich nach juristischen Grundsätzen beurteilen, denn Machtmissbrauch ist nach der hier vertretenen Ansicht zweckwidrige Ausübung einer Berechtigung. Er unterliegt dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Rechtsmissbrauchsverbots. Auch wo dieses nicht ausdrücklich Bestandteil einer bestimmten Rechtsordnung ist[1], wird doch die Ausübung einer rechtlich anerkannten Machtstellung auch danach beurteilt, ob sie zweckgerecht ist[2].

Soll der spezielle Fall des Missbrauchs von Marktmacht nach diesen Überlegungen rechtlicher Kontrolle unterworfen werden können, so muss es sich dabei um eine Machtstellung gegenüber gleichgeordneten Dritten handeln, welche rechtlicher Normierung unterliegt und dem einzelnen zu einem bestimmten Zweck eingeräumt ist.

[5] Vgl. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. A., Berlin 1969, 169.

[6] Damit wird die Macht gerade nicht «...aus dem juristischen Tatbestand ausgeklammert...» (Biedenkopf, Konzentration, 18). Allein das Ziel, zu welchem die Berechtigung dem einzelnen eingeräumt worden ist, bestimmt, ob und in welchem Umfang er seine faktische Macht ausüben darf.

[7] Geiler, 17.

[8] Coing (vorn Anm. 5), 216.

[9] Es kann hier offenbleiben, ob nicht auch umgekehrt gilt, dass jeder Rechtsmissbrauch ein Machtmissbrauch ist.

[1] Vgl. vorn 1. Kap., 7.

[2] Vgl. etwa den «Misuse of Patents», wie er von den Gerichten in den USA entwickelt worden ist: Zweckwidrig und daher nicht zu schützen ist die Geltendmachung eines Patentes – einer typischen rechtlich eingeräumten Machtstellung –, wenn sie «...eine sachliche oder zeitliche Ausdehnung des Patentmonopols ... anstrebt», Dreiss, Die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzvertragssystemen, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, 13.

1. Einleitung

«Die Geschichte der Wirtschaft ist stets zugleich eine Geschichte wirtschaftlicher Macht. Für alle Wirtschaftssysteme – und nicht nur für das kapitalistische – ist die Bändigung wirtschaftlicher Macht eine wesentliche und immer wieder neu zu lösende Aufgabe[1].»

Neben wirtschaftlicher gibt es politische, moralische und auf physischer Gewalt beruhende Macht[2]. Die Zuordnung zu einer dieser Kategorien kann vorgenommen werden nach den Grundlagen (Faktoren), auf welchen Macht beruht, nach den Mitteln, die sie einsetzt, und nach den Zielen, auf welche hin sie eingesetzt wird. Je nach dem zu beschreibenden Machtproblem ist einer dieser Gesichtspunkte als der sinnfälligste zu wählen[3]. Demnach ist eine Differenzierung einzelner Machterscheinungen nur im Hinblick auf eine bestimmte Aussage gültig; darüber hinaus ist auch die Interdependenz zwischen verschiedenen (wie auch immer definierten) Machtarten zu beachten[4]: Wirtschaftliche kann politische Macht zur Folge haben, politische Macht kann sich wirtschaftlicher zur Durchsetzung ihrer Ziele bedienen[5]. Diese Zusammenhänge und die Tatsache, dass die gleiche Macht bald Grundlage, bald Mittel oder Ziel ist, weisen darauf hin, dass man Macht wohl besser danach näher definiert, in welchem Lebensbereich sie in Erscheinung tritt. So gesehen ist «wirtschaftliche Macht» jene Macht, die im Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit zu finden ist[6].

Nur nach diesem Gesichtspunkt lassen sich die folgenden Erscheinungen

[1] Arndt, Wirtschaftliche Macht, Tatsachen und Theorien, München 1974, 9.

[2] Machlup, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 74/I, Berlin 1973, 22; vgl. auch vorn, 2. Kap., 2.1.

[3] A. M. Pen, Bilateral Monopoly, Bargaining and Concept of Power, in: Power in Economics, London 1971, 106f., wonach zumindest wirtschaftliche Macht immer durch die ihr zugrunde liegenden wirtschaftlichen Faktoren definiert werden muss.

[4] Vgl. Machlup (vorn Anm. 2), 23.

[5] Kantzenbach, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20/I, 2. A., Berlin 1971, 159ff., 174; Kogon, Wirkungen der Konzentration auf die Demokratie, in der gleichen Sammlung, NF Bd. 20/II, 591ff.

[6] Sambach, 58, definiert den Begriff der wirtschaftlichen Macht wie folgt: «Wirtschaftliche Macht in einer bestimmten Situation ist eine Erscheinung, die auf der unterschiedlichen Stärke der Macht-Positionen verschiedener Wirtschaftseinheiten beruht und zu einer relativen Verengung des ökonomischen Waltebereiches einer oder mehrerer Wirtschaftseinheiten führt, wobei die unterschiedlichen Stärken der Machtpositionen ihrerseits wieder auf unterschiedliche Werte der in der betrachteten Situation relevanten objektiven und/oder subjektiven Faktoren zurückzuführen sind.»

einheitlich als Fälle wirtschaftlicher Macht bezeichnen[7]: Ungleichgewicht der Chancen verschiedener Wirtschaftspartner; Marktbeherrschung; Informationsvorsprung; Verfügungsmacht ohne entsprechendes Eigentum; Beeinflussung von Gesetzgebung und staatlichen Massnahmen; Inanspruchnahme von Eigentumsbefugnissen.

Die nationalökonomische Theorie hat sich allerdings, so wird ihr teilweise vorgehalten, nur mit dem Phänomen Marktmacht näher befasst, im übrigen jedoch die wirtschaftliche Macht aus ihren Überlegungen ausgeschlossen und in den Datenkranz verbannt[8]. Es soll mit diesem Hinweis vermerkt sein, dass auch die Gestaltung einer bestimmten Wirtschaftsordnung an sich ein Problem wirtschaftlicher Macht sein kann; die folgenden Ausführungen gehen jedoch von einer gegebenen Ordnung aus und befassen sich nur noch mit dem Teilaspekt der «Macht im Bereich von Marktbeziehungen».

2. Marktmacht: Zum ökonomischen Sachverhalt

2.1 Markt und Macht

2.1.1. Markt

Der Begriff «Markt» bezeichnet den Sachverhalt, bei welchem Macht in Erscheinung tritt, nämlich den Verkehr mit Gütern und Leistungen, der durch das Prinzip von Angebot und Nachfrage gesteuert wird[1]; daraus folgt, dass Träger der Marktmacht einzelne Haushalte sind.

Dem Marktsystem entsprechende Austauschbeziehungen bestehen auch, wo auf der einen oder anderen Seite nur wenige Marktteilnehmer vorhanden sind, oder sogar nur ein einziger. In solchen Verhältnissen auftretende Macht ändert nichts an der Koordination der wirtschaftlichen Beziehungen durch Angebot und Nachfrage. Marktmacht wird erst zum Problem, wo eine spezielle Form des Marktsystems, nämlich der Wettbewerb zwischen einer Mehrzahl von Anbietern und Nachfragern gewollt ist[2], wie das implizite überall der Fall ist, wo man von (freier) Marktwirtschaft spricht.

[7] Vgl. Arndt (vorn Anm. 1), 128f.

[8] Vg. Arndt (vorn Anm. 1), 11; Ulmer, Economic Power and Vested Interests, in: Power in Economics (vorn Anm. 3), 245; Küster, Strukturelle Komponenten in der Inflationserklärung, in: Investitionskontrolle gegen die Konzerne?, Reinbeck b. Hamburg 1974, 67ff., 78f.

[1] Entgegen dem üblichen Sprachgebrauch bezeichnet Hensel, Stichwort «Marktordnung», HdSW Bd. 7, 162, den Austausch von Gütern und Leistungen auch dann als Markt-Vorgang, wenn er plangesteuert ist. So gesehen wären die im Kontext aus dem Wort «Markt» gezogenen Schlüsse nicht haltbar.

[2] Vgl. Böhm, Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, Karlsruhe 1961, 1ff., 3ff; ferner Kogon, Wirkungen der Konzentration auf die De-

2.1.2. Macht

Das Wort «Macht» bezeichnet gemäss früheren Ausführungen[1] einen gewissen Handlungsspielraum aufgrund bestimmter Vorteile. Im kartellrechtlichen Sprachgebrauch, der auch im folgenden beibehalten wird, meint «Marktmacht» einen speziellen, atypischen Handlungsspielraum und müsste eigentlich als «Marktmacht im engeren Sinn», als «qualifizierte Marktmacht» jenem Handlungsspielraum gegenübergestellt werden, welcher als «Marktmacht im weiteren Sinn», wie sich zeigen wird, ein konstitutives Element des Wettbewerbssystems ist.

2.2. Wettbewerb als wirtschaftliches Koordinationssystem

2.2.1. Wirtschaftlicher Wettbewerb im allgemeinen

Wettbewerb oder Konkurrenz als das Streben mehrerer nach dem gleichen Objekt ist ein allgemeines soziologisches Prinzip und eine Wesensgrundlage menschlicher Existenz[1]. Die Beziehungen zwischen den Konkurrenten sind normalerweise durch den Umstand bestimmt, dass der eine nur auf Kosten des anderen das Ziel erreicht; die Identität der Situation der Wettbewerber und des Zieles kann allerdings dazu führen, dass jene dieses in gemeinsamer Anstrengung zu erreichen suchen[2].

Konkurrenz ist demnach ein vorgegebenes Verhaltensmuster; ob es aber in bestimmten Bereichen des menschlichen Zusammenlebens als Ordnungssystem gelten soll, beruht auf einem bewussten Entscheid[3]. Dieser kann, wo es um die Koordinierung wirtschaftlichen Handelns geht, nicht nur zugunsten des Wettbewerbs, sondern auch zugunsten der Planwirtschaft oder des Systems der Gruppenvereinbarungen ausfallen[4], und wird erfahrungsgemäss nicht ein reines, sondern ein gemischtes Koordinationssystem mit Schwerpunkt beim einen oder anderen Modell konstituieren.

mokratie, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20/II, 2. A., Berlin 1971, 591ff., 608: Die Einschränkung des Systems der Marktwirtschaft auf den «Sonderfall der Konkurrenz» ist eine (in historischer Sicht) nachträgliche Korrektur erkannter Machtauswüchse. A. M. Csikós-Nagy, Der Wettbewerb als Mittel zur Kontrolle wirtschaftlicher Macht bei alternativen Eigentumsformen, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 74/II, Berlin 1973, 1337ff., 1337: «Der Wettbewerb ist ein immanentes Element des Marktes. Wo es einen Markt gibt, dort gibt es auch Wettbewerb, der sich in vollkommener oder unvollkommener Form offenbart.»

[1] Vgl. vorn 2. Kap., 2.1.

[1] Vgl. dazu im einzelnen v. Wiese, 25ff.; Buss, 1ff.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerb, Allg. N 1.

[2] v. Wiese, 26f.

[3] v. Wiese, 27.

[4] Zu den wirtschaftlichen Koordinationssystemen vgl. Jöhr/Singer, 155ff.; zur Frage, ob der Korporativismus als ein eigenständiges System bezeichnet werden kann, vgl. Junod, 746, Anm. 10.

Der Wettbewerb als ökonomisches Koordinationssystem hat sich bislang einer über eine allgemeine Beschreibung hinausgehenden, umfassenden Definition entzogen; Ökonomen und Juristen müssen sich daher mit (vorläufigen) Teilerklärungen begnügen, deren Wert darin liegt, für die Lösung eines bestimmten Teilproblemes brauchbar zu sein[5]. Die wichtigste Eigenschaft des Wettbewerbssystems, und zugleich deutliches Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Planwirtschaft (weniger gegenüber dem System der Gruppenvereinbarungen) ist, dass es sich dabei um eine Koordination mikroökonomischer Vorgänge ohne autoritäre Lenkung handelt[6]. Das bedeutet nicht, dass nicht auch im Konkurrenzsystem geplant würde; die Ziele des Planes sind jedoch unternehmensindividuell, und Objekt des Planes ist nicht die Gesamtwirtschaft, sondern ein Unternehmen, d.h. eine Einheit, deren Teile – einzelne Betriebe oder rechtlich selbständige Unternehmungen – der gleichen Leitung unterstehen[7].

Das Prinzip der wirtschaftlichen Koordination durch den Wettbewerb selbständig planender Unternehmen zeichnet sich im weiteren durch folgende Eigenschaften aus[8]: Auswahlfreiheit der Nachfrager, Primärverteilung der Einkommen nach der Leistung, optimale Allokation der Produktionsfaktoren, Steuerung der Produktion nach den Konsumentenwünschen, Förderung des technischen Fortschrittes, schnelle Reaktion auf konjunktursteuernde Eingriffe, Sicherung der individuellen Handlungsfreiheit, Begrenzung der wirtschaftlichen Macht.

Man kann diese Eigenschaften des Wettbewerbs, welche zugleich Ergebnisse des Wettbewerbsprozesses sind, zunächst einteilen in individuelle und gesamtwirtschaftliche, je nachdem, ob sie einzelne Marktteilnehmer direkt betreffen oder die Volkswirtschaft als Ganzes; es handelt sich bei dieser Unterscheidung allerdings eigentlich nur um unterschiedliche Betrachtungsweisen der gleichen Erscheinungen[9]. Sodann kann man ökonomische von ausserökonomischen Ergebnissen scheiden; zu diesen werden vor allem gezählt

[5] Vgl. GABRIEL, 590: BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerb, Allg. N 7.

[6] Vgl. BUSS, 42f.; nach TUCHTFELDT, in: HUBER/TUCHTFELDT, 49, sind die kybernetischen Begriffe der Regelung und Steuerung besonders geeignet, den Wettbewerb respektive die Planwirtschaft zu beschreiben.

[7] Der im Einzelfall massgebende wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff muss nicht notwendig mit dem wettbewerbstheoretischen übereinstimmen, vgl. FIKENTSCHER, Systemfragen, 262; MESTMÄCKER, Die Beurteilung der Unternehmenskonzentrationen nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20/I, 2. A., Berlin 1971, 733ff., 752ff.; ferner MACH, L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence, Genève 1974.

Die Nichtbeachtung der einheitlichen Leitung von Konzernunternehmen birgt jedoch die Gefahr in sich, das Machtpotential konglomerat diversifizierter Unternehmen zu unterschätzen, welche nicht alternativ mit der Figur des Kartells erfasst werden können; vgl. auch hinten 2.3.2.5.

[8] Vgl. WILLEMSEN, 71ff.; SCHMIDT, 30ff.; MACHLUP, 46f.; WILLEKE, 20ff.

[9] WILLEKE, 21ff.

die Begrenzung der Macht und die Sicherung der individuellen Entscheidungsfreiheit[10]. Beide Erscheinungen sind allerdings zunächst rein wettbewerbstheoretisch wichtig, weil sie zu den Voraussetzungen gehören, welche das (Weiter-)Bestehen des Wettbewerbssystems ermöglichen[11]. Ausserökonomische Bedeutung haben sie, wo sie der Erfüllung gesellschaftspolitischer Ziele gleichkommen.

Wettbewerbsergebnisse, welche (wie die oben aufgeführten) mit wirtschafts- oder gesellschaftspolitischen Zielen übereinstimmen, kann man «Funktionen» des Wettbewerbs nennen[12]; sie erscheinen regelmässig in wettbewerbsorientierten Zielsystemen[13], die allerdings zwischen solchen (an sich positiven) Ergebnissen eine Rangfolge erstellen müssen, welche miteinander in Konflikt stehen. Andere ökonomische und ausserökonomische Erscheinungen des Wettbewerbs, wie der Versuch einzelner, sich dem Wettbewerbsdruck durch kostensenkende Qualitätsminderung zu entziehen, die Neigung, den Wettbewerb durch Monopolisierung oder Absprachen auszuschalten, oder die Verdrängung gesellschaftspolitisch als bedeutsam angesehener Kleinunternehmer, sind *auch* Wettbewerbsergebnisse[14], aber, weil negativ zu beurteilen, nie Wettbewerbsfunktionen.

Unerwünschte nicht-wirtschaftliche Ergebnisse deuten darauf hin, dass der Wettbewerb als Lenkungssystem dort nicht (allein) eingesetzt werden kann, wo seine Ergebnisse mit übergeordneten Zielen nicht harmonieren; unerwünschte wirtschaftliche Wettbewerbsergebnisse zeigen, dass Wettbewerb nur unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmter Form ein für eine konkrete Volkswirtschaft taugliches Koordinationssystem ist.

Wettbewerb als System, welches qualitativ unterschiedliche Ergebnisse erbringen kann, nötigt mithin zu einer bewussten Gestaltung.

2.2.2. Funktionsfähiger Wettbewerb

Massgebendes Leitbild heutiger Wettbewerbsvorstellungen ist der «funktionsfähige Wettbewerb», auch «wirksame Konkurrenz» oder «workable competition» genannt[1]. Ob ein Wettbewerbssystem als funktionsfähig bezeichnet werden kann, hängt davon ab, wieweit die entscheidenden der früher[2] genannten Wettbewerbsfunktionen erfüllt werden. Da deren Rangfolge und Gewichtung auf bestimmten Wertvorstellungen beruht, ist auch das Urteil über die

10 Vgl. SCHMIDT, 39; WILLEMSEN, 74.
11 Vgl. dazu den nächsten Abschnitt.
12 So MACHLUP, 46f.
13 Dazu unten 3.1.1.3.
14 Vgl. WILLEKE, 21.
1 Vgl. HOPPMANN, Workable Competition, 257.
2 Vgl. vorn 2.2.1.

Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ein Werturteil, eine einheitliche Begriffsbestimmung des funktionsfähigen Wettbewerbes mithin ausgeschlossen[3].

Das Beiwort «funktionsfähig» steht aber nicht nur für die einigermassen befriedigende, keineswegs maximale Erfüllung vorgegebener Ziele, sondern auch für die Tatsache, dass man aus einer Vielzahl von Wettbewerbsmodellen jene aussondern muss, die eine Umsetzung in die Praxis überleben und tatsächlich funktionieren.

Das Bestreben, den wirtschaftlichen Wettbewerb so zu erfassen, wie er wirklich vorkommt, hat dazu geführt, in ihm nicht mehr einen (im wesentlichen durch die Marktform bestimmten) Zustand zu sehen, sondern einen Handlungsablauf[4]. Handelnde sind die «... sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussenden Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber)», welche selbständig «... nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) streben durch Inaussichtstellen günstig erscheinender Geschäftsbedingungen»[5]. Nach etwas anderer Ansicht ist die in dieser Umschreibung vorausgesetzte Beziehung der Rivalität zwischen den Wettbewerbern nicht eine Bedingung für das Bestehen von Wettbewerb, weil solcher auch vorliegt, wo die Anbieter (Nachfrager) keine «Strategien» anwenden, um auf Kosten der übrigen zum Zug zu kommen, sondern sich auf die reaktive Anpassung an die Marktbedingungen beschränken[6]. Es genügt danach das Wissen um die Abhängigkeit «... des eigenen Erfolges von der Existenz anderer selbständiger Anbieter oder Nachfrager bei Identifizierung dieses Abhängigseins»[7].

Zum Wettbewerb als Handlungsablauf gehört also, dass sich die Unternehmen gegenseitig beeinflussen; der Einfluss eines Unternehmens auf die anderen kann unter Umständen schon in der objektiven Tatsache liegen, dass ihnen sein Auftreten am Markt bekannt ist[8].

Wettbewerber, die vor den Konkurrenten zum Geschäftsabschluss kommen wollen, müssen ein bezüglich Preis und Leistung günstigeres oder mindestens ebenbürtiges Angebot machen und im Hinblick darauf ihre Kosten möglichst

[3] Vgl. MACHLUP, 46.

[4] Es trifft sich, dass diese Sicht des Wettbewerbs auch seiner rechtlichen Erfassung dienlich ist, weil sie gestattet, Rechtsfolgen an Handlungen anzuknüpfen, vgl. LUKES, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, FS Böhm, Karlsruhe 1965, 199ff., 216ff.

[5] Vgl. die Wettbewerbsdefinition bei FIKENTSCHER, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW *1961* 788ff., 798, und bei BORCHARDT/FIKENTSCHER, 15.

[6] So WILLEKE, 11ff.

[7] WILLEKE, 12.

[8] Vgl. FIKENTSCHER (vorn Anm. 5), 793 (mit Hinweis auch auf die Gegenmeinung, wonach gegenseitige Beeinflussung nicht notwendig ist); eindeutig ferner BUSS, 49ff., v.a. 57: «... ein echtes Wettbewerbsverhältnis ...» muss sich «... a) aktiv, b) bewusst und c) gegenseitig äussern».

senken. Dieser «anonyme [sc. weil nicht von einem einzigen oder wenigen kontrollierte] Wettbewerbsdruck»[9] auf Kosten und Preise ist es, welcher zur Realisierung der Wettbewerbsergebnisse führt. Das Preis/Leistungs-Verhältnis ist der wichtigste Parameter, auf den sich eine Wettbewerbshandlung beziehen kann[10]. Ob daneben weitere Parameter wettbewerbsrelevant eingesetzt werden können, ob es also einen (echten) Nicht-Preiswettbewerb gibt, ist umstritten. Wettbewerbshandlungen in einem weiten Sinn sind alle Massnahmen, durch welche ein Anbieter oder Nachfrager seine Stellung am Markt verbessern will, auch wenn dies nur die mittelbare Folge innerbetrieblicher Vorkehren ist; zu den eigentlichen Wettbewerbsparametern gehören Preis und Rabatt, Qualität, Werbung, Absatzmethode, Lieferbereitschaft, Sortimentsgestaltung, Kundendienst, Produktgestaltung. Man wird, der «Mosaikmethode» der deutschen Kartellpraxis folgend, alle Parameter untersuchen bei der Abklärung der Frage, ob in einem bestimmten Markt Wettbewerb herrscht[11], die Antwort kann aber nur dann positiv ausfallen, wenn die Wettbewerbshandlungen zumindest indirekt das Preis/Leistungs-Verhältnis beeinflussen[12].

Von den (überwundenen) Idealvorstellungen vollkommenen oder vollständigen Wettbewerbes[13] unterscheidet sich der als ein von den Wettbewerbern mitbeeinflusster Handlungsablauf begriffene Wettbewerb durch Unvollkommenheiten. Davon abgesehen, dass die Bedingungen der vollkommenen Konkurrenz mit wenigen Ausnahmen immer «reine Literatur, um nicht zu sagen Makulatur» gewesen sind[14], sind es gerade diese Unvollkommenheiten, welche ein Wettbewerbssystem erst in Betrieb setzen und am Leben erhalten. Sie sind die Voraussetzung der für den Wettbewerb (wie aus gesellschaftspolitischen Überlegungen) wesentlichen Wettbewerbs-, d.h. Handlungsfreiheit, welche in der «Schlafmützenkonkurrenz»[15] den völlig einflusslosen Wettbewerbern fehlen würde[16].

[9] Schmidt, 57f.

[10] Vgl. Willeke, 18.

[11] Vgl. etwa Wallraff, Enges Oligopol und Missbrauch; zum Verhältnis von § 22 Abs. 2 zu Abs. 4 des GWB, WuW *1974* 211ff., 213; Bartholomeyczik, § 22 GWB N 49. Nach Willeke, Marktbeherrschung und Missbrauch von Marktmacht, WuW *1975* 533ff., 544ff., soll es die neueste Fassung von § 22 GWB allerdings erlauben, trotz an sich «wesentlichem Wettbewerb» einem Unternehmen dann Marktmacht nachzuweisen, wenn es in bezug auf nur einen Parameter eine «überragende Marktstellung» hat.

[12] Schmidt, 59; Günther, Das Unternehmen im Wettbewerb, in: Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, FS Bartholomeyczik, Berlin 1973, 59ff., 70f.

[13] Vgl. dazu Fikentscher, Systemfragen, 263f.; Bartholomeyczik, § 22 GWB N 33f.; Völkel, 4ff.

[14] Marbach, Das Kartellproblem in schweizerischer Sicht, abgedruckt in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, FS Marbach, Bern 1972, 273ff., 279.

[15] Lutz, Bemerkungen zum Monopolproblem, in: ORDO 1956, Düsseldorf/München 1956, 19ff., 32.

[16] Vgl. Willemsen, 42; Röpke, 33.

Die Einmütigkeit darüber, dass unvollkommene Konkurrenz nicht als Schicksal hinzunehmen, sondern positiv zu werten ist[17], verbürgt keineswegs eine einheitliche Theorie des «funktionsfähigen Wettbewerbes»; wesentliche Unterschiede in der Beurteilung der Wettbewerbsfunktionen wie in den wettbewerbstheoretischen Annahmen bleiben bestehen[18]. Die Modelle funktionsfähigen Wettbewerbes, welche die Realisierung bestimmter Funktionen gewährleisten sollen, beruhen im allgemeinen auf einer bestimmten Marktstruktur. Auch wenn die funktionsfähige Konkurrenz nicht ein Minus gegenüber der vollkommenen Konkurrenz ist[19], so orientieren sich die als optimal bezeichneten Strukturen doch an der atomistischen Marktstruktur dieses Modelles[20], lassen aber Abweichungen in einem gewissen Rahmen zu. Es kann dabei unterschieden werden zwischen einseitig begrenzten Strukturkonzepten, bei welchen die Zahl der Wettbewerber nicht unter ein bestimmtes Minimum fallen darf, und zweiseitig begrenzten Strukturkonzepten, bei welchen weder zuwenig noch zuviel Wettbewerber vorhanden sein dürfen[21].

Die Marktstruktur ist aber, von den Unterschieden zwischen solchen Modellvorstellungen abgesehen, wohl grundsätzlich ungeeignet, einen Massstab für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbes abzugeben: Zunächst hängt die Bestimmung der Marktstruktur wesentlich ab von der Definition des jeweiligen relevanten Marktes[22], sodann ist es ein charakteristisches Merkmal des Wettbewerbes als eines dynamischen Prozesses, dass sich die Marktstruktur laufend verändert und gar nicht fixiert werden darf. Schliesslich verläuft der Wettbewerbsprozess bei gegebener Marktstruktur unterschiedlich je nach der Marktphase, (Experimentier-, Expansions-, Ausreifungs-, Stagnations-, Rückbildungsphase[23]), in welcher sich ein Gut befindet. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, d.h. das Erreichen der vorgegebenen Funktionen, lässt sich mit anderen Worten nicht schon daraus ableiten, dass in einem bestimmten Markt eine bestimmte Struktur zu finden ist.

Vielmehr ist die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs direkt daran zu messen, in welchem Ausmass jene Funktionen tatsächlich erreicht werden, deren Gewichtung und Rangfolge auf einem politischen Entscheid beruht, der insbesondere festlegt, ob Gesichtspunkten der Wirtschaftsfreiheit oder solchen der wirtschaftlichen (oder allgemein gesellschaftlichen) Nützlichkeit der Vorzug ge-

[17] Vgl. Gabriel, 588ff.; Schmidt, 25; kritisch Sohmen, 99ff.
[18] Dazu Willemsen, 89ff.; Völkel, 64ff.
[19] Borchardt/Fikentscher, 23.
[20] Vgl. Sohmen, 118.
[21] Vgl. dazu und für das Folgende Herdzina, 267ff.
[22] Vgl. hinten 2.3.2.1.
[23] Vgl. Schluep, Schweizerische Wettbewerbspolitik, 102.

hört; eine durch Erfahrung bestätigte Vermutung spricht dabei dafür, dass sich wirtschaftliche Freiheit und Effizienz nur ausnahmsweise ausschliessen[24]. Im Hinblick auf das Erreichen dieser Funktionen ist es dann von Bedeutung zu wissen, welches Marktgeschehen unter den jeweils gegebenen Bedingungen und in einem bestimmten Moment besonders geeignet ist, die Funktionen zu erfüllen, und welche Marktstrukturen und Verhaltensweisen daher allenfalls zu fördern sind[25].

Diese Ausrichtung des Wettbewerbs auf bestimmte Ergebnisse unter Verwendung modellmässiger oder in der Praxis beobachteter Zusammenhänge entspricht einer wirtschaftsrechtlichen, instrumentalen Wettbewerbskonzeption[26]. Der Anspruch, den Wettbewerb lenken zu können, und die Bereitschaft, gegebenenfalls zu anderen, zieladäquateren Koordinationsmechanismen (z. B. staatliche Planung, private Wettbewerbsbeschränkungen) zu greifen[27], unterscheidet diese modelltheoretische Konzeption von der systemtheoretischen, wonach Wettbewerb ein Entdeckungsverfahren ist auf unbekannte Ergebnisse hin, das allgemeine Spielregeln verlangt und Einzeleingriffe nicht zulässt[28]. Über die grössere Plausibilität der einen oder anderen Konzeption ist hier nicht zu entscheiden; im Zusammenhang mit der Möglichkeit des Missbrauchs von Marktmacht ist aber von Bedeutung, dass sich dieses Problem für den systemtheoretischen Ansatz gar nicht zu stellen scheint: «Ökonomische Macht wird weder als erwünscht noch als unerwünscht angesehen, noch wird sie im konkreten Einzelfall gemessen; sie wird im Zaume gehalten durch allgemeine Spielregeln[29].». Für die instrumentale Wettbewerbsauffassung dagegen stellt sich diese Frage, welchen Einfluss das Vorhandensein von Marktmacht auf eine spezifische Wettbewerbssituation haben kann. Auch lässt sich die entsprechende Antwort finden, weil konkrete Aussagen über die Wettbewerbsergebnisse gemacht werden.

Mit «Unvollkommenheiten» oder «market imperfections», die für den funktionierenden Wettbewerbsprozess unerlässlich sind, ist gemeint, dass (im Modell vollkommener Konkurrenz nicht vorkommende) Unterschiede bestehen in den individuellen Verhältnissen der Wettbewerber (Kostenstruktur, Fähigkeiten), in den Eigenschaften der sich auf dem gleichen Markt befindenden Güter oder Leistungen (Preis, Qualität, Neuheit) und in den Präferenzen

[24] Vgl. HERDZINA, 278ff.; ferner WILLEKE, 16f.
[25] Vgl. HERDZINA, 282.
[26] Dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 582ff.; *ders.*, Die kartellrechtlichen Fragestellungen, 17ff.; WILLEKE, 26f.
[27] Vgl. WILLEMSEN, 80.
[28] Vgl. HOPPMANN, Bedeutung des Kartellrechts, 3ff.; ferner GABRIEL, Überlegungen zu einer Theorie der Organisation des Marktes, WuW *1971* 802ff.
[29] HOPPMANN, Bedeutung des Kartellrechts, 7; *ders.*, Workable Competition, 262ff.

der Käufer[30]. Nutzt ein Unternehmen die Vorteile, die sich durch diesen Umstand ergeben, so hat es die Chance, durch ein den Käuferwünschen besser entsprechendes Gut einen vorübergehenden (prozessualen), leistungsbedingten Monopolgewinn zu erzielen. Die Konkurrenten sind zur Imitation oder Überbietung gezwungen; sie tragen damit zum Abbau des Monopoles und zur Verbreitung des technischen Fortschrittes bei[31].

Haben die Wettbewerber mithin einen gewissen Spielraum für ihr Verhalten am Markt, und das heisst: Einflussmöglichkeit auf andere Unternehmen, so haben sie entsprechende Macht[32], welche Folge und zugleich Voraussetzung des Wettbewerbsprozesses ist[33]. Entscheidend ist freilich, dass der gleiche Prozess solche Machtpositionen begrenzt und wieder auflöst[34]. Wettbewerb, jedenfalls in einer praktisch zu verwirklichenden Form, ist also nur bedingt ein machtfreies wirtschaftliches Koordinationssystem. Bei seiner Gestaltung stellt sich die Aufgabe, zwischen (notwendiger) einfacher und qualifizierter Marktmacht zu unterscheiden, und diese spezieller Aufsicht zu unterstellen oder zu beseitigen, falls sie nicht durch den Wettbewerbsprozess eliminiert wird[35].

2.3. Die marktmächtige Stellung

2.3.1. Begriff und Bedeutung

Mit «Marktmacht» ist ein Handlungsspielraum eines Unternehmens gemeint, der sich von jener Einflussmöglichkeit auf die übrigen Unternehmen unterscheidet, die für das Funktionieren des Wettbewerbes notwendig ist. Wie es zu dieser Situation kommt, spielt keine Rolle; immerhin ist Marktmacht, die aufgrund besserer Leistung errungen worden ist, ein im Wettbewerbssystem angelegtes Resultat.

Die Verhaltensmöglichkeiten eines marktmächtigen Unternehmens sind in zweierlei Hinsicht von jenen eines nicht marktmächtigen verschieden: Es gibt Handlungen, welche ohne Marktmacht gar nicht möglich sind; es gibt ferner Handlungen, welche allen Wettbewerbern möglich sind, sich aber anders auswirken, wenn sie von einem marktmächtigen Unternehmen vorgenommen werden.

[30] Dazu ARNDT, Stichwort «Unvollständiger Wettbewerb», HdSW Bd. 10, 588ff.; *ders.*, Wettbewerbsprozesse, horizontale Konzentration und wirtschaftliche Entwicklung, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20/1, 2. A., Berlin 1971, 185ff., 194ff.

[31] Vgl. dazu WILLEMSEN, 46ff.; ARNDT (vorn Anm. 30, Wettbewerbsprozesse), 192ff.

[32] Vgl. vorn 2. Kap., 2.1.

[33] Näheres bei BÖHM, Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. 1, Karlsruhe 1961, 1ff., 3; MESTMÄCKER, Das marktbeherrschende Unternehmen, 17; MARBACH, Die Wirtschaftskonzentration, Düsseldorf/Wien 1964, 56; BAUR, 214.

[34] ARNDT, Wirtschaftliche Macht, Tatsachen und Theorien, München 1974, 10.

[35] *Arbeitskreis Kartellrecht*, Arbeitsunterlage, Tagung in Berlin vom 29./30.9.1975, (Verf.) 1f.

Macht, definiert als Handlungsspielraum, impliziert die Auswahl zwischen mehreren Handlungsweisen[1]. Seinen Handlungsspielraum nützt ein marktmächtiges Unternehmen aus, wenn die Wahl auf ein Verhalten fällt, das nur ihm möglich ist, aber es nützt ihn auch aus, wenn es ein Verhalten wählt, das allen möglich ist, von ihm ausgehend jedoch besondere Wirkungen zur Folge hat. Ob Marktmacht im Wettbewerbssystem zum Tragen kommt, hängt mithin von den marktmächtigen Unternehmen ab.

Marktmächtig kann ein Anbieter oder ein Nachfrager sein; die Literatur pflegt sich weitgehend nur mit Anbietermacht zu beschäftigen und begnügt sich zumeist mit dem Hinweis, Nachfragemacht sei das Spiegelbild der Anbietermacht. Es muss hier offen bleiben, ob damit nicht eigene Probleme der Nachfragemacht verdeckt werden[2].

2.3.2 Zum Nachweis

Nur durch eine eingehende Untersuchung des Einzelfalles lässt sich ermitteln, ob ein Wettbewerber marktmächtig ist. Immerhin gibt es einige Anhaltspunkte, welche diesen Sachverhalt als wahrscheinlich erscheinen lassen. Regelmässig wird auf die Marktstruktur, das Marktverhalten und die Marktergebnisse abgestellt, drei Indizien, die allerdings selten einzeln, sondern meist nur zusammen eine gewisse Beweiskraft haben[1].

Alle Abklärungen müssen sich auf die (eventuelle) Macht in einem konkreten Markt von Gütern oder Leistungen richten, dessen Abgrenzung daher zunächst vorzunehmen wäre, der aber faktisch nur gleichzeitig mit der Untersuchung von Marktstruktur, -verhalten und -ergebnis bestimmt werden kann[2].

2.3.2.1. Der relevante Markt

Der für den Nachweis von Marktmacht relevante Markt ist jener Ausschnitt aus dem gesamten Angebot und der gesamten Nachfrage nach Gütern und Leistungen, in dem das Angebot und die Nachfrage nach «gleichen» Gütern oder Leistungen zusammentreffen. Was in diesem Sinne als «gleich» anzusehen ist, hängt ab von objektiv erkennbaren Sachverhalten, aber, wo diese nicht schlüssig sind, auch von der Gewichtung der Wettbewerbsergebnisse: Je geringer der

[1] Vgl. vorn 2. Kap., 2.1.

[2] Dazu ANGEHRN, Nachfragemacht von Handelsunternehmungen als Problem der Wettbewerbsgestaltung, WuR *1973* 227ff., 230ff.; ferner ARNDT, Macht.

[1] Vgl. dazu JOLIET, 96ff.

[2] Vgl. KAUFER, 14f.; HERDZINA, 272ff. Auf die Aussonderung bestimmter Märkte kann verzichten, wer dies nicht nur für unmöglich hält, weil alle Güter und Leistungen letztlich im (gleichen) Wettbewerb stehen, sondern auch für unangemessen ansieht, weil Wettbewerbspolitik nicht aus Eingriffen in bestimmte Phasen und Teilbereiche des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren bestehen darf; vgl. VÖLKEL, 149f., 163ff.

Stellenwert der Auswahlfreiheit, desto eher werden nur «ähnliche» Güter noch dem gleichen Markt zugerechnet werden[1].

Die Bestimmung des relevanten Marktes nach Gut, Raum und Zeit ist im Verlauf der Entwicklung neuer technischer Möglichkeiten der Herstellung und Verwendung von Gütern sowie von verbesserten Transportmitteln immer schwieriger geworden; dazu kommt, dass die Unternehmen heute regelmässig als Mehrprodukteunternehmen auf verschiedenen Märkten gleichzeitig auftreten. Es wird daher die Ansicht geäussert, dass es sinnlos ist, einen relevanten Markt abzugrenzen: Selbst wenn die Grenzen bestimmt werden könnten, liesse sich daraus nichts über die Macht eines Unternehmens ableiten. Diese beruhe vielmehr auf der Tatsache, dass das diversifizierte Unternehmen nicht den Bedingungen von Angebot und Nachfrage bezüglich eines einzigen Gutes ausgesetzt ist, sondern in den verschiedenen Bereichen seiner Tätigkeit auf unterschiedliche Voraussetzungen stösst und eine Gesamtstrategie entwickeln kann, welche den optimalen Einsatz der vorhandenen Mittel in den einzelnen Bereichen gemäss den wechselnden Umständen bezweckt[2].

Es ist offensichtlich, dass unter solchen Verhältnissen die Definition eines relevanten Marktes einige Schwierigkeiten bereitet. Soweit es darum geht, die Ursache einer marktmächtigen Stellung zu bestimmen, trifft es zu, dass diese nicht notwendig auf einen bestimmten (erheblichen) Anteil an jenem Markt beruhen muss, auf welchem eine erhöhte Einflussmöglichkeit festgestellt wird. Sie kann ebensogut gegeben sein durch die absolute Grösse und die damit verbundenen finanziellen Möglichkeiten einer Unternehmung oder durch seine Aktivität in verschiedenen Bereichen[3]. Dennoch kann auf die Abgrenzung des relevanten Marktes nicht verzichtet werden, weil er das Beziehungssystem darstellt, in welchem die Wettbewerbshandlungen sich auswirken und grundsätzlich den beschränkenden Kräften des Wettbewerbes unterliegen sollten. Welcher Handlungsspielraum sich einem Wettbewerber öffnet, hängt von den entsprechenden Möglichkeiten der anderen Unternehmen ab, soweit sie in einem bestimmten Bereich überhaupt zusammentreffen. Als Vergleichsebene muss daher nach wie vor ein relevanter Markt ausgesondert werden, wenn der Einfluss wirtschaftlicher Macht auf das Wettbewerbssystem beurteilt und allenfalls korrigiert werden soll, ohne dass man zu allgemeinen Sätzen des Inhalts «bigness is crime»

[1] Der für das Eingreifen wettbewerbsrechtlicher Massnahmen massgebende Markt ist zudem tendenziell enger als der nach ökonomischen Kriterien abgegrenzte, weil nur die deutlich erkennbaren Zusammenhänge und nicht die theoretisch grenzenlosen Beziehungsketten zwischen Gütern und Leistungen beachtet werden können; VUARIDEL, Le marché des économistes, le marché pertinent des juristes et le rôle de la relation de substitution, WuR *1972* 204ff., 210ff.

[2] So EDWARDS, The Changing Dimension of Business Power, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, FS Kronstein, Karlsruhe 1967, 237ff., 240ff.

[3] Vgl. hinten 2.3.2.5.

greifen muss[4]. Es ist also der Handlungsspielraum, den ein Unternehmen hat, für jeden Tätigkeitsbereich einzeln im Vergleich mit den dort jeweils auftretenden Konkurrenten und den Unternehmen der Marktgegenseite festzustellen[5].

Dem gleichen relevanten Markt gehören jene Güter oder Leistungen an, welche ein bestimmtes Bedürfnis der Nachfrager befriedigen. Dabei spielt es eine wesentliche Rolle, welche Handelsstufe nachfragt, und welches die Vertriebsform und die mit dem Verkauf des Gutes oder der Leistung verbundenen Nebenleistungen sind[6]. Nur bei Beachtung aller dieser Aspekte lässt sich sagen, ob ein Angebot die sich in einem Markt manifestierenden Bedürfnisse deckt[7]. Gerade weil den unterschiedlichen Verhältnissen auf den einzelnen Handelsstufen nicht genügend Rechnung getragen worden und oft eine direkte Beziehung Produzent–Konsument fingiert worden ist (welche allerdings ausnahmsweise gegeben sein kann[8]), hat das Problem der Nachfragemacht auf den dazwischen liegenden Märkten nicht genügend Beachtung gefunden[9].

Stellt man für die Abgrenzung des relevanten Marktes auf die Eignung zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses ab, so kann es auf die technisch-physikalische Eigenschaft der Sachgüter dabei nicht ankommen; massgebend für die Zugehörigkeit zum gleichen Markt ist, dass sie untereinander substituierbar sind[10]. Ein Indiz hiefür ist eine deutliche Kreuz-Preis-Elastizität der Nachfrage sowie die Beachtung der gegenseitigen Beeinflussung verschiedener Angebote durch die Anbieter selber[11]. Substituierbar sind Güter oder Leistungen dann, wenn sie in den Augen der Nachfrager funktional austauschbar sind. Dies ist unter Umständen nur für einen Teil der Nachfrager der Fall, wenn nämlich das gleiche Gut mehrere unterschiedliche Bedürfnisse befriedigen kann[12],

[4] Auch die bei EDWARDS (vorn Anm. 2), 251 ff., aufgezeigten Verhaltensweisen diversifizierter Unternehmen gehen im übrigen wohl darauf aus, in einzelnen *bestimmten* Märkten die Konkurrenz auszustechen. Vgl. ferner GÜNTHER, Das Unternehmen im Wettbewerb, in: Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, FS Bartholomeyczik, Berlin 1973 59 ff., 72, der ebenfalls am marktbezogenen Wettbewerb als Grundlage der Wettbewerbspolitik festhält.

[5] Vgl. VUARIDEL, Sur la notion d'entrave notable à la concurrence, WuR *1970* 221 ff., 227 ff.

[6] Vgl. VUARIDEL, L'objet et le niveau de la concurrence dans la théorie économique et dans la jurisprudence, WuR *1968* 111 ff.; BARNIKEL, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW *1961* 246 ff., 247 ff.

[7] «The ‚product' is what the product *does*; it is the total package of benefits the customer receives when he buys», vgl. COREY, Key options in market selection and product planning, Harvard Business Review, Sept. *1975* 119 ff., 122.

[8] Vgl. BARTHOLOMEYCZIK, § 22 GWB N 34.

[9] So ANGEHRN, Nachfragemacht von Handelsunternehmungen als Problem der Wettbewerbsgestaltung, WuR *1973* 227 ff., 230 f.

[10] Vgl. dazu SCHMIDT, 47 ff. Nach KAUFER, 18 f., können aber ausnahmsweise technische Eigenschaften von Gütern mitberücksichtigt werden, wenn (aus wettbewerbspolitischen Gründen) nur enge Substitutionsbeziehungen anerkannt werden sollen.

[11] BARTHOLOMEYCZIK, § 22 GWB N 24; KAUFER, 5 ff.

[12] Nach VUARIDEL (vorn Anm. 1), 216 f., ist das der Normalfall.

jedoch nicht für alle Verwendungszwecke gleichwertige andere Güter angeboten werden[13]. In dieser Lage gehört das gleiche Gut zu mehreren Märkten; immerhin kann für die Konstituierung eines relevanten Marktes nicht eine einzelne ganz spezielle Nachfrage massgebend sein[14]. Diese minimale Objektivierung und Typisierung der Nachfrage bewirkt andererseits, dass Güter, die nicht nur in ihrer technischen Beschaffenheit, sondern auch bezüglich ihres technischen Verwendungszwecks völlig verschieden sind, nur selten dem gleichen relevanten Markt angehören[15].

Infolge Produktespezialisierung oder Suggestivwerbung für eine Marke[16] kann es geschehen, dass sich für ein einzelnes Gut ein eigener relevanter Markt bildet; umgekehrt ist es einem Unternehmen, das auf dem eigentlich relevanten Markt keiner Konkurrenz ausgesetzt ist, möglich, sein Angebot (durch entsprechende Preismanipulationen) in Konkurrenzbeziehungen zu Gütern zu bringen, welche einem anderen Markt angehören, und so die Substituierbarkeit seines Angebotes vorzutäuschen[17].

Neben der Kreuz-Preis-Elastizität der Nachfrage nach einem Gut, die allerdings bei dessen Zugehörigkeit zu mehreren relevanten Märkten nur ein wenig aussagekräftiger Durchschnittswert ist[18], soll ebenfalls die Elastizität des Angebotes von Bedeutung sein: Ist die Umstellung der Fabrikation von einem Gut auf ein anderes ohne Mühe möglich und schon bei geringen Gewinndifferenzen wahrscheinlich, so wären beide zusammen dem gleichen (weniger spezialisierten) relevanten Markt zuzurechnen[19]. Da es sich jedoch von der Nachfrage her gesehen um stark verschiedene Güter handeln kann, scheint es sinnvoller, die Möglichkeiten der Produktionsumstellung als Aspekt der potentiellen Konkurrenz bei der Marktstruktur zu berücksichtigen[20], weil sich sonst angesichts der technischen Gegebenheiten Güter für völlig verschiedene Bedürfnisse plötzlich im gleichen relevanten Markt treffen.

2.3.2.2. Die Marktstruktur

Gelingt es, den relevanten Markt in einem konkreten Fall mit genügender Genauigkeit abzugrenzen, so ist damit auch über die zu untersuchende Marktstruktur entschieden; für den Nachweis einer marktmächtigen Stellung kann

[13] Vgl. dazu Barnikel (vorn Anm. 6), 247ff.
[14] Vgl. Schluep, Kontrahierungspflicht, 199; Barnikel (vorn Anm. 6), 254.
[15] Vgl. Merz, Das Wettbewerbsrecht, 357.
[16] Zur Marktabgrenzung durch Marken vgl. Schluep, Markenschutzgesetz, 417; Kaufer, 27f.
[17] Vgl. Kaufer, 10.
[18] Vgl. Vuaridel (vorn Anm. 1), 214ff.
[19] Dazu Kaufer, 16ff.; Rahl, The application of section VII, Clayton act, and section I, Sherman act, on mergers and joint ventures, BIF Seminar, Brüssel, April 1975, (verf.) 12.
[20] Vgl. den folgenden Abschnitt.

aus ihr allerdings nicht sehr viel abgeleitet werden, nach gewisser Meinung überhaupt nichts[1].

Die Untersuchung der Marktstruktur ergibt eine statische Darstellung der Angebots- oder Nachfrageseite auf einem bestimmten Markt, welche ungefähr einer der theoretisch denkbaren Marktformen[2] entspricht. Neben den auf einem Markt tatsächlich auftretenden sind auch die potentiellen Wettbewerber[3] in Rechnung zu stellen, mit anderen Worten, es muss abgeklärt werden, in welchem Ausmass der relevante Markt durch Zutrittsschranken abgeschirmt ist.

Der heutigen Auffassung vom Wettbewerb als einem Prozess widerspricht es, aus einer in einem bestimmten Zeitpunkt festzustellenden Marktstruktur auf eine marktmächtige Stellung eines Wettbewerbers zu schliessen. Die Struktur eines Marktes ist (nur) das Resultat des vorangegangenen und eines der Daten für den künftigen Wettbewerbsprozess[4], für welchen neben Zahl und Grösse der Unternehmen auch die Entwicklungsphase des Marktes wichtig ist[5].

Ob eine dem Anschein nach dominierende Position tatsächlich Marktmacht verleiht, kann ferner nur beurteilt werden, wenn auch die Marktgegenseite in die Betrachtung miteinbezogen wird: Selbst der einzige Anbieter eines Gutes kann die Konditionen nicht nach Belieben festsetzen, wenn ihm nur ein einziger Nachfrager gegenübersteht, dessen Bedarf möglicherweise nicht dringend ist. Unter solchen Umständen ist es sinnvoller, das Fehlen von Marktmacht zu konstatieren, als zu sagen, der Anbieter beherrsche den Markt, es sei ihm jedoch nicht möglich, seinen Einfluss auszuspielen[6].

Wieweit aufgrund der Angebots- und Nachfragestruktur an sich zu vermutende Marktmacht effektiv vorliegt, hängt schliesslich von der Art des Gutes selber ab: Kann nicht auf Substitutionsgüter ausgewichen werden, so ist es zumindest bei Gütern des Wahlbedarfes möglich, dass die Nachfrage gänzlich wegfällt[7].

[1] So ARNDT, Macht, 119, Anm. 44.

[2] Vgl. dazu MACHLUP, 38ff.; RAINER J. WILLEKE, Stichwort «Marktformen», HdSW Bd. 7, 136ff.

[3] Vgl. BARTHOLOMEYCZIK, Wann aktualisiert sich der potentielle Wettbewerb für die Rechtsanwendung?, WuW *1971* 764ff.

[4] Es trifft nicht zu, dass die Marktstruktur *nur* als *Ergebnis* des Wettbewerbsprozesses zu sehen ist, wie VÖLKEL, 134, meint, wenn es auch stimmt, dass höchstens der Tendenz nach vorausgesagt werden kann, welche Entwicklung er bei gegebener Marktstruktur nehmen wird, und welche Unternehmen sich als marktmächtig erweisen werden; vgl. RAINER J. WILLEKE (vorn Anm. 2), 145f.

[5] Vgl. HOPPMANN, Workable Competition, 263f.; MÖSCHEL, 18; HERDZINA, 273f.

[6] Vgl. SEEMANN, Zum Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens, Jahrbuch für Sozialwissenschaften *1962* 305ff., 309ff.; ALLEMANN, Marktmächtige Unternehmung, 230; a.M. wohl SCHMIDT, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Missbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW *1965* 453ff., 471.

[7] Vgl. ALLEMANN, Marktmächtige Unternehmung, 230.

2.3.2.3. Das Marktverhalten

Bei der Abklärung des Marktverhaltens geht es um die Frage, mit welchen Handlungen ein Wettbewerber das Marktgeschehen zu beeinflussen sucht. Marktmacht lässt sich freilich nur an jenem Verhalten ablesen, das von den bei normalem Wettbewerbsdruck möglichen Handlungsweisen abweicht. Es kann daher vorkommen, dass das Abstellen nur auf das subjektive Verhalten den Nachweis von Marktmacht nicht ermöglicht und strukturelle Kriterien allein entscheiden, weil (wettbewerbsadäquates Handeln vorausgesetzt) auch die Marktergebnisse wettbewerbsgerecht sein können. Auf die Dauer wird es allerdings keinem Unternehmen gelingen, seine Marktmacht zu kaschieren[1]. Um etwas anderes handelt es sich freilich dann, wenn (scheinbare) Marktmacht nicht ausgenutzt wird aus Furcht, andernfalls das Auftreten von Substitutionsgütern oder von neuen Anbietern des gleichen Gutes heraufzubeschwören: Hier ist Leistungszwang durch potentiellen Wettbewerb im Spiel, weswegen es fragwürdig scheint zu sagen, eine (an sich starke) Marktstellung werde nur zum Teil ausgenutzt[2]. Im Gegenteil mag solches Verhalten den Schein von Marktmacht zerstören, der aufgrund der Marktstruktur entstanden ist.

Marktmacht soll daran zu erkennen sein, dass ein Unternehmen sein Vorgehen nur mit Rücksicht auf die Marktgegenseite, ohne Beachtung eventueller Konkurrenten, plant[3]. Diesem Umstand kann jedoch nur entnommen werden, wie das Unternehmen seine Stellung gegenüber seinen Konkurrenten einschätzt – ob es Marktmacht im Sinne eines besonderen Handlungsspielraumes hat, hängt zusätzlich von den Verhältnissen der Marktgegenseite ab[4]. Es ist daher weniger auf die Planung als auf das tatsächliche Verhalten abzustellen: Auf Handlungen, die von den einem nicht marktmächtigen Wettbewerber möglichen Verhaltensweisen abweichen und dennoch für die Unternehmung wirtschaftlich sinnvoll sind.

2.3.2.4. Die Marktergebnisse

Die tatsächlichen Ergebnisse des wirtschaftlichen Koordinationsprozesses können verglichen werden mit den vorgegebenen Wettbewerbsfunktionen[1]. Abweichungen sind möglicherweise, aber nicht notwendig die Folge wettbewerbswidrig ausgeübter Marktmacht; Übereinstimmung der tatsächlichen mit

[1] Buss, 99.

[2] So aber Schmidt, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Missbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW *1965* 453 ff., 471.

[3] Vgl. Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen, 9 f.; Borchardt/Fikentscher, 72 ff.; Allemann, Marktmächtige Unternehmung, 232; Joliet, 228 ff.

[4] Vgl. vorn 2.3.2.2.

[1] Vgl. dazu Joliet, 29 f.

den erwünschten Ergebnissen schliesst nicht aus, dass einzelne Wettbewerber Marktmacht besitzen und allenfalls auch ausgeübt haben.

Sieht man im Wettbewerbssystem ein Entdeckungsverfahren, so ist es von vornherein verfehlt, bestimmte Wettbewerbsergebnisse zu erwarten; man kann daher auch nicht Abweichungen feststellen und daraus Schlüsse auf die Einwirkungen von Marktmacht ziehen[2]. Modelltheoretische Wettbewerbsvorstellungen dagegen beruhen auf der Überzeugung, dass die Ergebnisse des Wettbewerbsprozesses voraussehbar sind, und stellen auf gewisse Erfahrungssätze ab: Preise, die stabil bleiben trotz sinkender Nachfrage, fallender Kosten oder Überkapazität, Gewinne, die im Verhältnis zum Risiko überdurchschnittlich hoch sind, oder das Ausbleiben neuer Wettbewerber trotz attraktiver Gewinnmöglichkeiten, alles deutet auf machtbedingte Störungen des Wettbewerbes hin[3].

2.3.2.5. Die Unternehmensstruktur

Was im folgenden unter dem Stichwort «Unternehmensstruktur» angeführt wird, könnte an sich auch als Aspekt der Marktstruktur behandelt werden[1], weil es ebenfalls das (statische) Verhältnis eines Unternehmens zu den anderen Wettbewerbern betrifft.

Während jedoch bei der Untersuchung der Marktstruktur die (möglicherweise) marktmächtige Stellung auf einen bestimmten Anteil am Markt zurückgeführt wird, geht es hier um marktfremde Sachverhalte, welche einen Hinweis auf das Bestehen besonderer Handlungsmöglichkeiten geben können[2]. Rechtliche oder faktische Zutrittsschranken oder bevorzugte Absatz- oder Bezugsbedingungen können zwar noch auf den gleichen Markt zurückgeführt werden, auf welchem sie sich machtbegründend auswirken; andere Ursachen einer «überragenden Marktstellung»[3] sind dagegen vom relevanten Markt als Ort, wo sie sich manifestieren, in ihrer Entstehung möglicherweise völlig losgelöst.

Wenn man von staatlichen oder privaten Zuschüssen, die ein Unternehmen vom Leistungsdruck befreien können, absieht, so sind es die diversifizierten Mehrprodukteunternehmen, die (weitgehend unabhängig von ihrer gesellschaftsrechtlichen Organisation) eine von Einzelmarktbedingungen wenig ab-

[2] So Hoppmann, Workable Competition, 261 f.; vgl. auch Möschel, 18 f.

[3] Vgl. Joliet, 100; *The U.S.A. Attorney General's Committee on Anti-Trust Laws,* Workable Competition, in: Hunter (ed.), Monopoly and competition, London 1971, 71 ff., 74 ff.

[1] So bei Möschel, 166; an anderer Stelle (a. a. O. 169) ist aber von einer «unternehmensbezogenen Betrachtungsweise» die Rede.

[2] Marktfremde Sachverhalte weisen gegebenenfalls nicht nur auf marktmächtige Stellungen hin, sondern auch auf ihr Fehlen: Es ist denkbar, dass bei monopoloider Marktstruktur die kleinen Unternehmen aus den im Kontext genannten Gründen nicht im Schatten des Beinahe-Monopolisten stehen.

[3] So die Terminologie von § 22 GWB nach der Novelle von 1973.

hängige Gesamtstrategie betreiben können. Umstritten scheint allerdings, ob allein schon die Tatsache, dass ein Unternehmen auf mehreren Märkten tätig ist, einen besonderen Handlungsspielraum verschafft, oder ob jener Umstand nur erlaubt, vorhandene Marktmacht in einen anderen relevanten Markt zu transponieren[4]. Dort könnte sie beispielsweise eingesetzt werden, um einen Verdrängungswettbewerb finanziell durchzuhalten, um einen neuen Wettbewerber fernzuhalten oder um reziproke Liefer- und Bezugsbindungen zu erzwingen. Für solche Verhaltensweisen ist es wohl eine Voraussetzung, dass ein Unternehmen auf einem, wenn auch nicht auf dem in Frage stehenden relevanten Markt, nicht dem normalen Leistungszwang ausgesetzt ist.

Auch die absolute Grösse eines Unternehmens ist ein Merkmal seiner Struktur. Als Indiz für eine marktmächtige Stellung in einem oder mehreren bestimmten Märkten taugt sie jedoch nur bei einem Vergleich mit den Möglichkeiten der anderen dort auftretenden Wettbewerber.

3. Die rechtliche Erfassung der Marktmacht

In der (relativen) Freiheit, welche die Unternehmen im Verkehr mit Gütern und Leistungen besitzen, kann man die subjektive Seite des Koordinationssystems Wettbewerb sehen (wie beispielsweise Haben und Nutzen von Gütern von einer bestimmten Eigentumsordnung abhängen). Wird dieses System zur rechtlichen Norm erhoben, so wird auch aus der Handlungsfreiheit ein rechtlich geregelter Sachverhalt.

3.1. Wettbewerb als rechtliche Norm der wirtschaftlichen Koordination

Wettbewerb ist auch im wirtschaftlichen Bereich ein natürliches Prinzip der Organisation der Beziehungen zwischen den Unternehmen, das sich unter gewissen Bedingungen von selbst durchsetzt. Wo dies der Fall ist, hat eine (spätere) rechtliche Normierung des Wettbewerbes grundsätzlich nur noch deklaratorische Bedeutung und sichert allenfalls vor dem Umschlag in andere Beziehungsformen, während sie unter anderen Umständen die Wettbewerbsordnung erst konstituiert[1].

Die Regelung des in einer Gesellschaft geltenden wirtschaftlichen Systems (um welches es sich auch handle) durch Rechtsvorschriften ist unerlässlich: In der Planwirtschaft muss ein bestimmtes Verhalten erzwungen werden können,

[4] Vgl. dazu und für das Folgende Fischer, Konglomerate Konzentration und wettbewerbsrechtliches Marktmachtkonzept, WuW *1972* 567ff.

[1] Vgl. Buss, 67f.

in der Wettbewerbswirtschaft riskieren die Unternehmen nur dann ihr Kapital, wenn ihre Handlungsfreiheit abschätzbar und gesichert ist[2].

Die wirtschaftliche Koordination durch Wettbewerb verlangt eine bestimmte Verhaltensordnung für die Unternehmen, die sich selten in einem kohärenten System entsprechender Normen niederschlägt, sondern aus einzelnen, voneinander scheinbar unabhängigen Vorschriften mit einem erheblichen Rest an Unsicherheit abgeleitet werden kann. Gestaltender Eingriffe bedarf nämlich nicht nur die zentral geleitete Planwirtschaft, sondern in beträchtlichem Ausmass auch eine am Wettbewerb orientierte Wirtschaftsordnung: Schon das klassische Konkurrenzsystem war ein «Artefakt»[3]; noch mehr gilt das für die heutige «freie» Wirtschaft, welche insgesamt als «staatliche Veranstaltung»[4] bezeichnet wird. Dabei ist nicht einmal primär an die zahlreichen Ausnahmen vom und Eingriffe in den Wettbewerb zu denken, sondern an die für sein Funktionieren wesentlichen Voraussetzungen, für deren Erfüllung eine staatliche Rahmenordnung sorgt[5].

Wettbewerb in diesem Sinn ist nicht (mehr) ein Naturereignis, sondern ein Rechtsinstitut[6], und als solches nicht notwendig auf die ökonomischen Kriterien effizienten Wirtschaftens begrenzt, sondern eine Konkretisierung von gesellschaftspolitischen Wertungen im wirtschaftlichen Bereich[7]. Der Inhalt einer bestimmten Wettbewerbsordnung muss daher nicht nur aus wettbewerbstheoretischen Argumenten, sondern ebensosehr aus diesen Wertvorstellungen erschlossen werden.

3.1.1. Wettbewerb als Element der Wirtschaftsverfassung

3.1.1.1. Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung

Wenn man die drei Begriffe Wirtschaftsordnung[1], Wirtschaftssystem und Wirtschaftsverfassung unterscheidet, so handelt es sich bei der Wirtschaftsverfassung um den Komplex rechtlicher Normen, welche eine bestimmte Wirtschaftsordnung verbindlich festlegen; diese Ordnung folgt in aller Regel nicht einem einzigen der möglichen Wirtschaftssysteme, sondern enthält Elemente

[2] Vgl. Buss, 153ff.: Gewissheit über die Verbindlichkeit der Wettbewerbsordnung ist eine ihrer Funktionsbedingungen.

[3] Röpke, 31.

[4] So Sieber, Die Zerstörung der freien Wirtschaft durch ihre Anhänger, WuR *1972* 167ff., 168f.; Raiser, Rechtsschutz, 157.

[5] Vgl. Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 571; Zacher, 570.

[6] Raiser, Rechtsschutz, 157.

[7] Vgl. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. I, Karlsruhe 1960, 101ff., 132; Biedenkopf, Konzentration, 23f.

[1] Gelegentlich wird die Wirtschaftsordnung auch als «soziologische Wirtschaftsverfassung» bezeichnet; vgl. Schluep, Wirtschaftsrecht, 77f.; Saladin, Das Recht auf Werbung, Diss. St. Gallen 1969, 107, Anm. 48.

aus verschiedenen[2]. Mit dem staatsrechtlichen Begriff der Verfassung hat die Wirtschaftsverfassung (in formaler Hinsicht) nur gemeinsam, in einem bestimmten Bereich eine Ordnung festzulegen, hingegen handelt es sich nicht etwa allein um den (engen) Kreis wirtschaftsrelevanter Normen von Verfassungsrang[3]. Es ist allerdings möglich, dass alle massgebenden Bestimmungen in der Verfassung genannt sind; man spricht dann von einer formellen Wirtschaftsverfassung, in welcher ausdrücklich oder aus einzelnen Verfassungsnormen eindeutig ableitbar ein bestimmtes Koordinationssystem vorgeschrieben wird.

Eine materielle Wirtschaftsverfassung liegt vor, wenn nicht aus der Verfassung (im staatsrechtlichen Sinn), aber aus dem Zusammenhang verschiedener Rechtsinstitute auf ein bestimmtes Koordinationsmodell geschlossen werden kann. Allerdings darf es sich dabei nicht bloss um das zufällige Zusammenspiel der Wirkungen von Instituten handeln, die ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Ordnung konstituiert worden sind. Zwar ist auch in diesem Fall eine rechtliche Ordnung der Wirtschaft ersichtlich, nur verbietet der fehlende Bezug auf ein bestimmtes Koordinationsmodell, ungelöste Probleme nach von einem Modell abgeleiteten Kriterien zu regeln.

Nach ihrem materiellen Gehalt kann die Wirtschaftsverfassung von der Verfassung im staatsrechtlichen Sinn (trotz der unterschiedlichen Struktur der konstituierenden Normen) nicht völlig getrennt werden, weil ihr Objekt «Wirtschaft» «... mehr ein Prinzip des Handelns als einen abgrenzbaren Lebensbereich ...» bezeichnet[4]; sie regelt daher, was nach den in einer Gesellschaft wirksamen Gemeinwohlvorstellungen (in einem das Wirtschaftliche übergreifenden Sinn) die für die wirtschaftliche Tätigkeit adäquate Koordinationsordnung ist[5]. Inwieweit die Organisation der Gesellschaft auf ein bestimmtes Staatsmodell hin das wirtschaftliche Koordinationsmodell präjudiziert (und aus der politischen Verfassung mithin zwingende Schlüsse auf die massgebende Wirtschaftsverfassung gezogen werden können), ist zwar nicht eindeutig bestimmt; letztlich interessieren aber weniger die theoretisch möglichen Kombinationen zwischen Staats- und Wirtschaftsmodellen als vielmehr die in geschichtlicher Erfahrung erhärteten Zusammenhänge[6].

Über den Begriff der Wirtschaftsverfassung ist namentlich in der Bundesrepublik Deutschland diskutiert worden. Es ging um die Frage, ob dem Grundge-

[2] Vgl. RITSCHL, Stichwort «Wirtschaftsordnung», HdSW Bd. 12, 189 ff.

[3] Zur Wirtschaftsverfassung vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 77 ff.; SALADIN (vorn Anm. 1), 107 ff.

[4] So KOCH, Freiheit und Wettbewerb, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, FS Böhm, Tübingen 1975, 269 ff., 271; vgl. auch ZACHER, 563 f.

[5] Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 574.

[6] Vgl. dazu BÖHM, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, ZbJV *1949* 329 ff.; KOGON, Wirkungen der Konzentration auf die Demokratie, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20 II, 2. A., Berlin 1971, 591 ff., 601 ff.; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 588 ff.

setz ein bestimmtes ökonomisches Modell zugrunde liegt, aus welchem, von ausdrücklichen Ausnahmevorschriften abgesehen, eine systemgemässe Lösung für alle wirtschaftlichen Probleme abgeleitet werden kann. Heute dürfte jene Ansicht überwiegen, welche in den Bestimmungen des Grundgesetzes (nur) einen Rahmen sieht, innerhalb welchem der Gesetzgeber nicht modelltheoretisch richtige, sondern auf das Gemeinwohl bezogene wirtschaftsrechtliche Normen erlässt [7].

Wer, wie es teilweise in Deutschland der Fall war, der Staatsverfassung ohne genügende Anhaltspunkte hiefür eine Wirtschaftsordnung unterschiebt, welche genau einem bestimmten Koordinationssystem folgt, missachtet die Tatsache, dass die Elemente, welche die Wirtschaftsverfassung ausmachen, zumal die Grundrechte [8], im Laufe einer je eigenen Entwicklung ihre Bedeutung erlangt und sich auch in ihrem Sinngehalt gewandelt haben und noch künftig wandeln können. Weil darum den Normen mit formellem Verfassungsrang allein die Konturen der in einem Staat geltenden konkreten Wirtschaftsverfassung nur selten mit genügender Deutlichkeit abgewonnen werden können, müssen zu ihrer Bestimmung alle gesetzlichen Regelungen herangezogen werden, sofern und soweit sie auf den Sachverhalt «Wirtschaft» einwirken [9].

Ersichtlich kann oft erst einem Kartellgesetz entnommen werden, welche der auf Verfassungsstufe als Möglichkeiten angelegten Wettbewerbsvorstellungen verbindlich ist [10].

3.1.1.2. Die Wirtschaftsverfassung als Katalog von Zielen und Mitteln

Bringt man die einzelnen Normen, welche die Wirtschaftsverfassung konstituieren, in einen inhaltlichen Zusammenhang, so erkennt man ein den wirtschaftlichen Koordinationsprozess regelndes Ziel/Mittel-System. Diesem können Wertungen entnommen werden, die helfen, offene oder durch Generalklauseln nur scheinbar gelöste koordinationsrechtliche Probleme zu lösen.

Gegen diesen Gedanken wird allerdings eingewendet, eine Verfassung könne «... niemals als System oder als Katalog der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen begriffen werden» [1]. Das richtet sich zwar direkt nur gegen eine bestimmte

[7] Dazu im einzelnen EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961, 7ff.; ferner MÜLLER-HENNEBERG, Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht, WuW *1968*, 659ff., 669f.; BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg. N 42f. Für die verfassungsmässige Verankerung der Marktwirtschaft im Grundgesetz z. B. GÜNTHER, Das Kartell- und Monopolrecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Kartell- und Monopolrecht, Rüschlikon/Zürich 1973, 69ff.

[8] Vgl. HUBER, in: HUBER/TUCHTFELDT, 20.

[9] HUBER, in: HUBER/TUCHTFELDT, 7ff. Allerdings scheint Huber den Begriff der Wirtschaftsverfassung, wie ZACHER, 562, und mit diesem GYGI, 309, auf Normen von Verfassungsrang, mithin auf die formelle Wirtschaftsverfassung beschränken zu wollen, um danach doch festzustellen, dass selbst «Grundlegendes» im Wirtschaftsrecht nicht immer verfassungsrechtlichen Rang hat.

[10] Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 583.

[1] HUBER, in: HUBER/TUCHTFELDT, 28ff.

Interpretation wirtschaftsrelevanter Normen von Verfassungsrang, während die Wirtschaftsverfassung im hier gemeinten Sinn Bestimmungen aller Stufen umfassen kann. Sowenig aber einer Verfassung unterschoben werden sollte, was in ihr tatsächlich nicht zu finden ist, sosehr sind auf der anderen Seite die in ihr ausgedrückten Ziele und Wertungen auch für den Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit und mithin für das Modell der wirtschaftlichen Koordination massgebend. Es darf daher in Frage gestellt werden, ob der Zusammenhang zwischen Verfassung und wirtschaftspolitischen Zielen wirklich nicht nur oft zufällig, sondern auch lose und nebensächlich ist[2].

Die Ziele, die aus einer Wirtschaftsverfassung abgeleitet werden können, lassen sich unter den Stichwörtern «Wohlfahrt» oder (auf den rein wirtschaftlichen Bereich beschränkt) «Wohlstand» zusammenfassen[3]. Diese Begriffe sind jedoch nicht operabel[4], weil sie verdecken, dass Ziele nicht nur voneinander unabhängig sein können oder sich gar ergänzen, sondern sich möglicherweise ausschliessen oder zumindest konkurrieren, mit anderen Worten sowohl harmonisch wie antinomisch sein können. Der Zielkatalog ist daher das Ergebnis einer wertenden Wahl; ebenso dürfen die Mittel wegen der mit ihrem Einsatz verbundenen (positiven oder negativen) Nebenwirkungen nur aufgrund einer Wertung und nicht ausschliesslich nach ökonomischer Sachlogik gewählt werden. Ihnen kommt daher die Funktion von Unterzielen zu[5].

Neben den «ausserwirtschaftlichen» Zielen, welche in der Wirtschaftsverfassung zu erkennen sind, kann man die wirtschaftlichen Ziele danach unterscheiden, ob sie mit der Wirtschaftsordnung als Ganzem oder mit den Teilaspekten der Wirtschaftsstruktur oder des Wirtschaftsablaufes zusammenhängen[6]. In aller Regel wird man Zielvorstellungen in diesen Bereichen nicht ausdrücklich formuliert vorfinden, sondern aus entsprechenden Massnahmen abzuleiten haben.

3.1.1.3. Wettbewerb als Ziel und als Mittel in der Wirtschaftsverfassung

Die Erfahrung lehrt, dass es als Gegenstück zu den plangesteuerten Volkswirtschaften keine ausschliesslich wettbewerbsgesteuerten gibt, sondern nur «mixed economies». Dem in der Wirtschaftsverfassung rechtlich verankerten Ziel/Mittel-System lässt sich entnehmen, welche Bereiche dem Koordinations-

[2] So Huber, in: Huber/Tuchtfeldt, 30; vgl. schon vorn 3.1.1.1.

[3] Vgl. Giersch, 97ff.; Amonn, Wirtschaftspolitik in der Schweiz in kritischer Sicht, Bern 1959, 12f.; Sieber, Die Ziele der Wirtschaft und der Wirtschaftspolitik, WuR *1975* 160ff., 161.

[4] Vgl. Schiller, Stichwort «Wirtschaftspolitik», HdSW Bd. 12, 210ff., 212.

[5] Vgl. dazu Giersch, 22, 51ff.; Jöhr/Singer, 152ff.; Schiller, (vorn Anm. 4), 212.

[6] Vgl. Tuchtfeldt, in: Huber Tuchtfeldt, 47f. Insoweit jede wirtschaftliche Tätigkeit nur die Bereitstellung der Mittel zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse ist, sind letztlich alle Ziele «ausserwirtschaftlich», vgl. Jöhr/Singer, 147.

system Wettbewerb (von Staates wegen) entzogen sind[1]. Die Bedeutung dieser Ausnahmenbereiche hängt von der Zahl jener Ziele ab, die im Wettbewerbssystem nur schlecht erreicht werden[2]; wann dies der Fall ist, kann man nur in Kenntnis der Vorstellungen über die Leistungsfähigkeit, Funktionsweise und Voraussetzungen des Wettbewerbs sagen.

Für eine konkrete Wettbewerbsordnung charakteristisch sind also zunächst die massgebenden Wettbewerbsfunktionen[3], die das Ergebnis einer Wertung sind; das gleiche gilt auch schon für den grundsätzlichen Entscheid, die Erfüllung dieser Funktionen mit dem Wettbewerbssystem anzustreben, unabhängig vom allfälligen Nachweis, dass es sich dabei um das ökonomisch überlegene System handle[4]. Mithin kommt dem Wettbewerb (und der Sicherung seiner Funktionsfähigkeit) nicht nur die Bedeutung eines Mittels, sondern zugleich (wenn auch mit unterschiedlichem Gewicht) jene eines Zieles zu[5].

Jenseits der ganz grundsätzlichen Eigenschaften[6] des Wettbewerbs, welche ihn zu einem erstrebenswerten Koordinationssystem machen können, bestehen jedoch so viele Meinungsverschiedenheiten (oder positiver ausgedrückt: Variationsmöglichkeiten), dass die Statuierung des Wettbewerbssystems in einer Wirtschaftsverfassung für sich allein von geringem Nutzen ist[7]. Deshalb ist für den auf Koordination durch Wettbewerb ausgelegten Teil der Wirtschaftsordnung als zweites (neben den Wettbewerbsfunktionen) entscheidend, welche theoretische Wettbewerbskonzeption ihm zugrunde liegt; allerdings fällt dieser wettbewerbstheoretische Aspekt mit dem wirtschaftspolitischen insoweit zusammen, als die Unterschiede zwischen den verschiedenen theoretischen Wettbewerbsvorstellungen nicht in der Unsicherheit ökonomischer Aussagen gründen, sondern in der Eignung bestimmter Wettbewerbsmodelle (nur) für bestimmte Funktionen. Es ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass, sowenig man einer Staatsverfassung ohne hinreichenden Grund ein bestimmtes Wirtschaftsmodell unterschieben sollte, man auch nicht für eine Wettbewerbsordnung die exklusive Geltung eines bestimmten Wettbewerbsmodelles und bestimmter Wettbewerbsfunktionen beanspruchen sollte.

[1] Die Einrichtung einer Wettbewerbsordnung regelt nicht nur die horizontalen Beziehungen zwischen den einzelnen Wirtschaftssubjekten in bestimmter Weise, sondern verteilt auch die wirtschaftlichen Funktionen zwischen Staat und privaten Unternehmen.

[2] Vgl. RÖPKE, 33; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 583f.

[3] Vgl. vorn 2.2.1.

[4] Vgl. GUTOWSKI, Theoretische Ansätze zu einem Konzept von Anbietermacht, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 74/I, Berlin 1973, 531ff., 538f.; SCHMIDT, 40f.; KANTZENBACH, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20/I, 2. A., Berlin 1971, 159ff., 160; SCHLUEP, Markenrecht, 66; WILLEMSEN, 86.

[5] ROBINSON, in: JÖHR/SINGER, 9.

[6] Vgl. vorn 2.2.1.

[7] A. M. wohl JUNOD, 743ff.

Die Auslegung von Normen der Wirtschaftsverfassung muss im Gegenteil mit Blick auf jene Form des Ziel/Mittel-Systems Wettbewerb geschehen, die den herrschenden wirtschaftspolitischen und wettbewerbstheoretischen Vorstellungen entspricht. In diesem Zusammenhang wird geltend gemacht, dass eine Verlagerung von personen- zu effizienzbezogenen Wettbewerbsvorstellungen festzustellen sei und dass diese Entwicklung zu vermehrten staatlichen Eingriffen führe, welche im Streben nach grösserer ökonomischer Leistungsfähigkeit die Wettbewerbsfreiheit in den Hintergrund drängen[8].

Es müsste näher untersucht werden, ob diese Darstellung mit den Tatsachen übereinstimmt. Zwei Einwände sind immerhin zu machen: Auch in der Vorstellung der Klassiker ist der Wettbewerb hauptsächlich auf die Steigerung der ökonomischen Effizienz gerichtet gewesen, die Betonung der Wettbewerbsfreiheit war das Merkmal einer späteren Phase[9]. Sodann ist die Beschränkung dieser Freiheit heute nicht notwendig auf einseitig wirtschaftliche Überlegungen zurückzuführen, sondern eher auf die einer instrumentalen Wettbewerbskonzeption eigenen Auffassung, dass das Wettbewerbssystem nicht überall geeignet ist, die (heutigen) Gemeinwohlvorstellungen zu realisieren.

3.1.2. Die konkrete Wettbewerbsordnung als Rechtsinstitut

Die Koordination des Verkehrs mit Gütern und Leistungen ist ein besonderer, von anderen Erscheinungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens abgrenzbarer Sachverhalt; die Normen, die seiner Ordnung dienen, gehören alle zum gleichen Rechtsinstitut[1]. Die durch dieses Rechtsinstitut geregelte Koordinationsordnung lässt sich als «Referenzsituation» darstellen, im Falle einer Wettbewerbsordnung als «... ein theoretisches Modell ..., durch das bei einer bestimmten Marktstruktur bestimmte Wettbewerbsprozesse und Wettbewerbsergebnisse abgebildet werden»[2].

Man kann verlangen, dass die Referenzsituation in sich schlüssig ist[3] und damit einer bestimmten Wettbewerbskonzeption (mit festgelegter Rangfolge der Funktionen und bestimmten wettbewerbstheoretischen Annahmen) folgt. Dann sind gewollte wie ungewollte Abweichungen und überhaupt die nur teilweise Realisierbarkeit des Modelles dort in Kauf zu nehmen, wo gewisse Sachverhalte oder Wertvorstellungen sich dem eindeutigen Schema nicht beugen. Für die folgenden Überlegungen, die sich nicht mit der Gestaltung einer wünschenswerten, sondern mit dem Inhalt einer gegebenen Wettbewerbsordnung befassen, sollen jedoch einzelne Abweichungen vom reinen Wettbewerbssystem

[8] So etwa Buss, 32 ff.
[9] Vgl. Sohmen, 99 ff.
[1] Vgl. 1. Kap., 4.1.2.
[2] Willeke, 14; vgl. auch Willemsen, 77 f.
[3] So Willeke, 14.

und Widersprüche in den wirtschaftspolitischen Zielen in den Begriff der Referenzsituation miteinbezogen werden; dies entspricht eher den Realitäten einer «mixed economy».

An der Referenzsituation ist sowohl das Handeln der einzelnen Wettbewerber zu messen wie die Tätigkeit der mit der Überwachung des Wettbewerbes betrauten Behörden. Man mag in diesem Zusammenhang zwischen massstabgebundenen und massstabfreien Kartellgesetzen unterscheiden[4]. Massstabfrei sind jene Gesetze, welche zwischen den einzelnen, vor allem zwischen den sich widersprechenden Wettbewerbsfunktionen keine Rangfolge festlegen. Die anwendenden Behörden und Gerichte haben unter solchen Umständen die massgebenden wirtschaftlichen und ausserwirtschaftlichen Ziele mit Rekurs auf die der Rechtsordnung insgesamt, vor allem aber auf die der Verfassung zu entnehmenden Wertungen zu bestimmen.

Mit massstabgebundenen Kartellgesetzen verhält es sich jedoch nicht anders: Mit interpretationsbedürftigen und interpretationsfähigen Begriffen kann eine feste Zielordnung allenfalls zum Schein errichtet werden[5]. Der Inhalt des Rechtsinstitutes Wettbewerb ergibt sich immer erst aus seiner Stellung in der ganzen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung[6].

Die Referenzsituation als Abbild der Koordinationsordnung ist zunächst eine von wettbewerbstheoretischen Modellen ausgehende Konstruktion aus ökonomischen Begriffen. Wird dieser Konstruktion nun, weil sie als (wertbestimmt) richtige Ordnung eines Lebensverhältnisses anerkannt wird, auch rechtliche Verbindlichkeit zugesprochen, so stellt sich die Frage, ob und allenfalls in welchem Ausmass die Transformation aus einer theoretisch und empirisch erklärenden Wissenschaft in eine normative Ordnung[7] den Sinngehalt der einzelnen Begriffe verändert. Es trifft wohl zu, dass über einen gewissen Kerngehalt hinaus (in welchem man die «Natur der Sache», d.h. die unabdingbaren Eigenschaften des – bewusst gewählten – wirtschaftlichen Koordinationssystems Wettbewerbs sehen kann), die in den Normen des Rechtsinstitutes Wettbewerb verwendeten Begriffe nicht nach der wettbewerbstheoretischen Bedeutung, sondern nach dem rechtlichen Normzweck auszulegen sind. Dieses Vorgehen entspricht nicht nur der juristischen Methode, sich nicht an Begriffe zu klammern, sondern wird auch durch die Tatsache nahegelegt, dass die ökono-

[4] Vgl. dazu BAUR, 5ff.

[5] Vgl. die unterschiedliche Auslegung des KG; nach BAUR, 33ff., liegt ein massstabgebundenes Gesetz vor, in welchem individueller Wettbewerbsfreiheit und freiem Wettbewerb ein unveränderlicher erster Rang zukommt; nach SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 597; *idem*, Schweizerische Wettbewerbspolitik, 123, ist massgebender Leitgedanke das Gemeinwohl.

[6] Vgl. vorn 1. Kap., 4.1.2.

[7] Vgl. LUKES, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Karlsruhe 1965, 199ff., 214.

mischen Begriffe nicht einen eindeutigen, sondern einen je nach Wettbewerbskonzeption verschiedenen Inhalt haben[8].

3.1.3. Wettbewerbsregeln als Norm und als Sicherung des Wettbewerbes

Neben anderen Elementen einer Rechtsordnung, die eine Funktion (auch) im Hinblick auf die wirtschaftliche Koordination erfüllen und das Wettbewerbssystem implizieren oder zumindest (als notwendige Voraussetzungen) ermöglichen, wie die Handels- und Gewerbefreiheit, die Vertragsfreiheit, das Privateigentum[1], ist es vor allem das jeweilige Kartellgesetz, welches eine bestimmte Wettbewerbsordnung konkretisiert[2].

Paradoxerweise entspricht es gerade dem auf der freien Entfaltung der Unternehmen beruhenden Koordinationssystem, dass es näherhin durch bestimmte Verbote konstituiert wird: In aller Regel kann den eigentlich für eine Wettbewerbsordnung zentralen Vorschriften die wettbewerbspolitische Referenzsituation nur auf dem Weg des Umkehrschlusses entnommen werden. Dies kommt daher, dass Kartellgesetze die hauptsächliche, wenn auch logisch sekundäre Aufgabe haben, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu sichern[3]; sie sind Instrumente der «Prozess-» oder «reaktiven Wirtschaftspolitik» und nehmen Einfluss auf den Koordinationsmechanismus Wettbewerb, dessen Verbindlichkeit auf einer bestimmten «Gestaltungs-» oder «aktiven Wirtschaftspolitik» beruht[4]. Kartellgesetze sind regelmässig negativ formuliert unabhängig davon, ob es sich um eine instrumentale Wettbewerbskonzeption handle oder um eine solche des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren[5]; positiv formulierte Regelungen finden sich, wo die Referenzsituation bewusste Abweichungen vom Wettbewerbssystem vorsieht. Diese Eigenart der Kartellgesetze erhält eine besondere Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang, weil (allenfalls) missbräuchliche Verhaltensweisen nur im Vergleich mit dem der Referenzsituation entsprechenden Verhalten als solche zu erkennen sind.

[8] Dazu Lukes (vorn Anm. 7), 212ff.; Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Recht im Wandel, FS Carl Heymanns Verlag, Köln/Bonn/Berlin/München 1965, 361ff.; ferner Müller-Henneberg, Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht, WuW *1968* 659ff., 660; Baur, Das Tatbestandsmerkmal «Wettbewerb», ZHR *1970* 97ff., 117f.; Schluep, Kontrahierungspflicht, 195, wo beispielsweise gesagt wird, der «relevante Markt» sei als «normrelevanter» zu verstehen.

[1] Vgl. Möschel, 12; Schluep, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966, 43ff.

[2] Das Wort «Kartellgesetz» bezeichnet an sich nur den hier nicht interessierenden einen Teil von Gesetzen, die den Wettbewerb regeln; der Name «Wettbewerbsgesetz» ist aber von den Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb in Beschlag genommen, während man unter «Wettbewerbsregeln» (so die Überschrift zu Art. 85ff. EWGV) zumindest in Deutschland Absprachen über ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten versteht (vgl. §§ 28ff. GWB).

[3] Vgl. Scherer, 135.

[4] Vgl. Willemsen, 170ff.; Schiller, Stichwort «Wirtschaftspolitik», HdSW Bd. 12, 210ff., 213f.

[5] Vgl. Schluep, Die kartellrechtlichen Fragestellungen, 28ff.

Den gesetzlichen Bestimmungen, die an sich (nur) eine Wettbewerbsordnung sichern und regeln sollen, kann man Hinweise auf deren materiellen Gehalt entnehmen, wenn man davon ausgeht, dass ein Regelungssystem unter Beachtung einschlägiger Sinnfälligkeitskriterien[6] auf einer bestimmten Wettbewerbskonzeption beruht. Der Rückschluss von Regelungssystem auf Referenzsituation ist allerdings weniger einfach, wo nicht Vereinbarungen (im weitesten Sinn) von mehreren Unternehmen ins Recht gefasst werden, sondern die Marktmacht eines einzelnen. Aus der Palette der möglichen Regelungssysteme[7] fallen erfahrungsgemäss bei solchen Sachverhalten präventive Massnahmen weg (ausgenommen vielleicht eine Fusionskontrolle). Wenn es damit den Wettbewerbsbehörden aus rein praktischen Gründen verwehrt ist, eine der Referenzsituation entsprechende Marktstruktur zu erzwingen, so gibt es dennoch neben dem Verbot der missbräuchlichen Ausnützung einer marktmächtigen Stellung noch andere Möglichkeiten, den Wettbewerb vor negativen Einflüssen von Marktmacht zu sichern: Per se-Verbot einzelner Handlungsweisen, Förderung einer countervailing power[8], regulation[9].

Anders als bei der Behandlung von Kartellen kann mithin bei der Erfassung einzelner marktmächtiger Unternehmen für die Wettbewerbskonzeption nichts abgeleitet werden aus einer Konfrontation des Missbrauchs- mit dem Verbotsprinzip[10]. Dagegen deuten der Verzicht auf das Per se-Verbot gewisser Handlungsweisen und damit der Zwang, die Unvereinbarkeit solcher Handlungsweisen mit der massgehenden Wettbewerbskonzeption in jedem Einzelfall neu nachzuweisen[11], auf eine Offenheit für Wandlungen in den wettbewerbstheoretischen Überlegungen wie in den wettbewerbspolitischen Zielsetzungen – was als Vorwurf wie als Vorteil aufgefasst werden kann[12]. Es handelt sich daher bei der Missbrauchsaufsicht um jenes Regelungssystem, welches einer instrumentalen Wettbewerbskonzeption adäquat ist, was auch durch seine Nähe zum wettbewerbspolitischen Grenz-(oder Sünden-)Fall der regulation belegt wird, mit

[6] Vgl. Möschel, 7f.: Plausibilität (d. h. inhaltliche Rechtfertigung aufgrund der Kenntnisse über den Wettbewerb), Konformität (d. h. Geschlossenheit der Wertungen), Praktikabilität, Justiziabilität, Effektivität.

[7] Vgl. Möschel, 6f.

[8] Vgl. Galbraith, The Theory of Countervailing Power, in: Hunter (ed.), Monopoly and competition, London 1971, 123ff.

[9] Regulation verstanden als Lenkung der Unternehmen durch Vorschriften, wie sie beispielsweise in den Vereinigten Staaten von regulatory agencies ausgehen.

[10] Es kann daher offenbleiben, ob nicht dort, wo dieser Vergleich möglich ist (bei den Kartellen), trotz der theoretisch «gleichen Grenzlinien» der beiden Methoden unterschiedliche Wettbewerbskonzeptionen aufgedeckt würden; vgl. Schürmann, Missbrauchsprinzip oder Verbotsprinzip, in: Kartell- und Monopolrecht, Zürich/Rüschlikon 1973, 33ff., 37.

[11] Vgl. *Arbeitskreis Kartellrecht,* Arbeitsunterlage, Tagung in Berlin vom 29. 30. 9. 1975, (verf.) 46.

[12] Vgl. Hoppmann, Bedeutung des Kartellrechts, 7ff.

dem es unter Umständen zusammenfällt[13]. Dagegen darf aus dem Missbrauchsprinzip nicht geschlossen werden, dass allein Ausbeutungstatbestände der Aufsicht unterworfen sind, was heissen müsste, die Referenzsituation sei vorwiegend auf die individuelle Vorteilhaftigkeit des Wettbewerbes ausgerichtet. Wettbewerbswidrig und daher missbräuchlich kann ebensogut ein Verhalten sein, welches gemeinschaftsrelevante Wettbewerbsfunktionen missachtet[14].

Aus einer Gegenüberstellung des Missbrauchsprinzips mit jenem der countervailing power lässt sich zumindest negativ ableiten, dass weder die Förderung monopolistischer Marktstrukturen gewollt ist noch die häufige Einigung von Marktpartnern auf Kosten Dritter und der Allgemeinheit[15].

3.2. Die Rechtsposition der Wettbewerber

Wirtschaftlicher Wettbewerb setzt voraus, dass die einzelnen Unternehmen nicht nur grundsätzlich an keine staatlichen Weisungen gebunden sind, sondern auch in ihren Beziehungen zu den anderen Wettbewerbern über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen. Da es sich beim Wettbewerb als einem Element der Wirtschaftsverfassung um ein Rechtsinstitut handelt, erweist sich dieser Handlungsspielraum als rechtlich eingerichtet und geschützt, mit anderen Worten als Rechtsstellung. Wie die Kartellgesetze allerdings dem Wortlaut nach den Wettbewerb nicht normieren, sondern nur vor Verfälschung sichern[1], so beschreiben sie auch diese Rechtsstellung der Wettbewerber nur indirekt durch gewisse Verbotsnormen.

Die dogmatische Einordnung der dem Institut Wettbewerb entspringenden (subjektiven) Berechtigung ist nicht bereinigt[2]. Teils wird sie als subjektives Recht begriffen, teils (nur) als (allerdings beträchtlicher) freier Entscheidungsbereich eines Funktionsträgers[3]. Nachdem sich jedoch gezeigt hat, dass die Ausübung jeglicher durch «Rechtslagen» (d.h. durch gesetzliche Regelungen) geschaffener Handlungsmöglichkeiten zweckbezogen zu erfolgen hat[4], kommt der näheren Qualifikation der Rechtsstellung der Wettbewerber keine Bedeutung zu, soweit es um die Frage geht, ob ihre missbräuchliche Ausnutzung unter das Rechtsmissbrauchsverbot fällt.

[13] Vgl. beispielsweise die Maximalpreisvorschrift (in der Form einer Untersagungsverfügung) im «Vitamin B12»-Urteil des deutschen Kammergerichtes, WuW *1975* 649 ff.; vgl. auch LENEL, 328.

[14] A. M. KANTZENBACH, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. A., Göttingen 1967, 135 f., der die im Kontext vertretene Auffassung jedoch weniger prinzipiell verwirft, sondern wegen der praktischen Schwierigkeit, gemeinschaftswidriges Wettbewerbsverhalten nachzuweisen.

[15] Vgl. zu den nachteiligen Wirkungen des Prinzips der contervailing power VÖLKEL, 16 ff.

[1] Vgl. vorn 3.1.3.

[2] Vgl. KUMMER, Schutzgut, 119.

[3] Vgl. im einzelnen KUMMER, Schutzgut, 117 ff. LANGEN, 50, und KREUTZ, 9, scheinen der Wettbewerbsstellung überhaupt jede rechtliche Qualität abzusprechen.

[4] Vgl. vorn 1. Kap., 6.2.

Die rechtliche Einordnung der Stellung der Wettbewerber könnte im übrigen nicht unabhängig von den wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen erfolgen, welche dem Rechtsinstitut Wettbewerb unterliegen: Je mehr Gewicht den Wettbewerbsfunktionen Handlungsfreiheit und Auswahlfreiheit zukommt, desto eher wird man von einem subjektiven Recht sprechen.

Auch der (im eigentlichen Sinn) marktmächtige Wettbewerber verfügt über einen Handlungsspielraum, der als eine aus dem Rechtsinstitut abzuleitende Berechtigung anzusehen ist. Besondere Umstände haben jedoch zur Folge, dass die inhaltliche Begrenzung dieser Berechtigung durch den Leistungsdruck des Konkurrenzsystems entfällt; sie ist daher anhand jener Koordinationshandlungen und -ergebnisse vorzunehmen, welche der wettbewerbspolitischen Referenzsituation entsprechen und in welchen man den Zweck der den Wettbewerbern eingeräumten Rechtsstellung sehen kann.

4. Missbrauch der Marktmacht

Missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht kann als ökonomischer wie als juristischer Sachverhalt gesehen werden. Auch wenn die Wirtschaftstheorie den Begriff des Missbrauchs der Marktmacht allenfalls nicht kennt[1], so kann doch aufgrund des gewöhnlichen Wortverständnisses und der früheren wettbewerbstheoretischen Ausführungen gesagt werden, worum es sich dabei handeln muss: um den nicht richtigen Gebrauch einer bestimmten Wettbewerbsstellung. Da der wirtschaftliche Wettbewerb ein System von Mitteln und Zielen ist, bedeutet «richtig» in diesem Zusammenhang «systemgerecht».

Juristisch ist diese Wettbewerbsstellung als Berechtigung aufzufassen; bei ihrem Missbrauch liegt mithin ein Fall von Rechtsmissbrauch vor.

4.1. Systemwidrige Ausnützung des Handlungsspielraumes

4.1.1. Der Sachverhalt

Die Einflussnahme auf das Verhalten Dritter ist eine Funktionsvoraussetzung des Wettbewerbssystems[1], in welchem die Koordinationsaufgabe durch das Spiel von Aktion und Reaktion der handelnden Unternehmen gelöst wird; normalerweise kann ein Unternehmen die übrigen Wettbewerber nur dadurch beeinflussen, dass es mit einer besseren Leistung am Markt auftritt.

[1] Vgl. GABRIEL, 581ff.; BALLERSTEDT, Vertragsfreiheit und Konzentration, Rechtsprobleme einer Begründung und Bindung von Marktmacht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20/I, 2. A., Berlin 1971, 537ff., 577.

[1] Vgl. vorn 2.2.2.

Anders verhält es sich, wenn Marktmacht (im engeren Sinn) ins Spiel kommt: Besondere Umstände befreien vom Leistungszwang und erlauben, ein schlechteres Angebot gegen ein besseres durchzusetzen[2], wodurch Dritte in ihrer Handlungs- und Entschliessungsfreiheit mehr als systemnotwendig beschränkt werden[3]: Konkurrenten werden «behindert» und Abnehmer «ausgebeutet»[4]. Das hat besondere Vorteile für den Marktmächtigen zur Folge[5], für welche die Marktmacht kausal ist; nicht als Zustand allerdings, sondern indem sie ein bestimmtes Handeln erst ermöglicht oder ihm eine besondere Wirkung verleiht[6]. Ob die Vorteile realisiert werden, hängt andererseits nicht davon ab, ob eine Handlung speziell auf sie ausgerichtet ist[7]: Auch was allein aus betriebswirtschaftlich vernünftigen unternehmensinternen Überlegungen ins Werk gesetzt wird, kann (statt oder eventuell neben leistungsunterbauter Beeinflussung) leistungsfremde Beschränkung Dritter sein[8].

Was sich in dieser Art auswirkt, muss auch dann als systemwidrig gelten, wenn es rein äusserlich die gleiche Handlung ist, wie sie auch bei normalem Handlungsspielraum möglich ist. Entscheidend kann nämlich mit Blick auf das für die Koordination durch Wettbewerb notwendige relativ unbehinderte Agieren der Unternehmen nicht die Übereinstimmung von Handlungsmustern trotz unterschiedlicher Voraussetzungen sein, sondern nur die durch diese bedingte ungleiche Wirkung[9]. Grundsätzlich ist es daher nicht nötig, von jenen Handlungen, die als normales Geschäftsverhalten jedem möglich sind, und von jenen,

[2] So Böhm, Das Problem der privaten Macht, in: Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, 25ff., 32.

[3] Vgl. Schmidt, 65.

[4] Im Wettbewerb sind zwei Beziehungsfelder zu unterscheiden, jenes der Konkurrenz- und jenes der Tauschbeziehungen; vgl. Scherhorn, Marktinformation und Marktmacht, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 74/I, Berlin 1973, 583ff., 584; Willeke, 11. Entgegen Schmidt, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Missbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW *1965* 453ff., 488, und Borchardt-Fikentscher, 33ff., sind nicht grundsätzlich nur die Wirkungen leistungsfremden Handelns auf die Marktgegenseite relevant, weil die Wettbewerbsfreiheit (auch) der Konkurrenten ein eigenständiges und primäres Ziel sein kann und jedenfalls eine Vorbedingung für den Fortgang des Wettbewerbsprozesses ist.

[5] Kirschstein, Die Missbrauchsaufsicht nach § 22 GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973 74, Köln Berlin Bonn München 1975, 19ff., 20; Arndt, Nachfragemacht - Ideologie oder Realität?, WuW *1974* 462ff., 464, spricht von der «Aneignung fremder Leistung».

[6] Vgl. Schluep, Rule of Reason, 67; a.M. Borchardt Fikentscher, 28f., wonach Marktmacht an sich schon eine materielle, d.h. die Alternativen beeinflussende Wettbewerbsbeschränkung sein soll. Zum Kausalzusammenhang zwischen Marktmacht und Missbrauch der Wettbewerbsstellung ferner (allerdings speziell zu § 22 GWB oder Art. 86 EWGV): *Arbeitskreis Kartellrecht*, Tagung in Berlin vom 29. 30.9.75, Arbeitsunterlage, (verf.) 46ff.; Möschel, 204ff.; Schmidt, 120, Anm. 22.

[7] A.M. wohl Allemann, Marktmächtige Unternehmung, 235.

[8] Vgl. Schluep, Kontrahierungspflicht, 209f.

[9] Vgl. Mestmäcker, Europ. Wettbewerbsrecht, 389f.; Schmidt, 189f., auch 65ff.; Möschel, 113. Den «Grossen» ist mithin nicht billig, was den «Kleinen» recht ist; eine Ansicht, die wohl mit einer instrumentalen Wettbewerbskonzeption zu vereinbaren ist, aber nicht mit dem Wettbewerb als Entdeckungsverfahren; vgl. dazu Völkel, 184f. Im Ergebnis wohl gleich wie im Kontext Baur, 196ff.

die zwar Marktmacht bedingen, aber «sachlich begründet» sind [10] – aber in beiden Fällen wegen der besonderen Stellung des Handelnden auf Dritte behindernd wirken – solche Verhaltensweisen zu scheiden, welche ihrer ganzen Anlage nach auf die bewusste Behinderung Dritter zielen [11]. Diese Unterscheidung drängt sich erst auf, wenn ein Kartellgesetz neben die allgemeine Missbrauchsaufsicht ein spezielles Rechtsschutzmittel stellt zugunsten jener bestimmten Wettbewerber, welche ein Opfer gezielter Behinderung werden [12].

Systemwidrig sind nicht nur Handlungen, welche leistungsfremde Vorteile auf Kosten von individuell bestimmbaren Wettbewerbern eintragen und indirekt die Erfüllung gesamtwirtschaftlicher Wettbewerbsfunktionen beeinträchtigen; systemwidrig sind auch Verhaltensweisen, die negativ auf solche Funktionen wirken, ohne dass für einzelne ein konkreter Schaden nachweisbar ist. Wer sich dank Marktmacht dem Leistungszwang des Wettbewerbs entziehen kann, bleibt doch auf dessen Ziele verpflichtet; seine Handlungen sind danach zu beurteilen, wie sie sich auf diese Wettbewerbsziele auswirken. Auch hier macht es keinen Unterschied, ob eine Handlung bewusst darauf angelegt ist, zu Lasten der Wettbewerbsfunktionen individuelle Vorteile zu sichern, oder ob diese eine ungewollte Nebenerscheinung sind.

Die Qualifizierung eines Verhaltens als systemwidrig kompliziert sich dadurch, dass als Massstab nicht ein theoretisches Modell vollkommenen oder auch nur funktionsfähigen Wettbewerbes zu verwenden ist, sondern eine konkrete Wettbewerbsordnung. Das nötigt zur Beachtung der (wertbestimmten) Rangfolge der wirtschaftspolitischen Ziele und kann je nach Sachverhalt zu einer unterschiedlichen Beurteilung gleicher Wirkungen führen. Erst recht trifft das zu, wo der Wettbewerbsordnung einzelne Ziele zu entnehmen sind, die nur durch (eventuell drittbeschränkende) Ausnützung von Marktmacht zu erreichen sind. In solchen Fällen ist die Wirkung von Marktmacht ausnahmsweise deshalb nicht systemwidrig, weil die Handlung durch eine wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitische rule of reason gerechtfertigt ist [13].

Aufgrund dieser Ausführungen kann unter der «missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht» im ökonomischen Sinn folgendes verstanden werden:

Jedes Verhalten [14] eines Wettbewerbers, welches wegen dessen besonderer Wettbewerbsstellung [15] (gewollt oder als Nebenwirkung) andere Koordinationsergebnisse oder Koordination durch andere Vorgänge zur Folge hat, als

[10] Vgl. Drolshammer, 201 f.
[11] Vgl. Schluep, Behinderungsverbot, 106 ff.; Drolshammer, 199 ff.
[12] So Art. 4 ff. KG.
[13] Vgl. dazu Borchardt/Fikentscher, 39 ff.; Willemsen, 53 f.
[14] Zwischen «marktbezogenen» und «nicht marktbezogenen» Handlungen braucht nicht unterschieden zu werden; vgl. Kummer, Der Begriff des Kartells, Bern 1966, 62 ff.
[15] Vgl. vorn 2.3.1.

das in der Referenzsituation näherhin konkretisierte Wettbewerbssystem mit Leistungswettbewerb[16] und vorgegebenen Wettbewerbsfunktionen verlangt.

4.1.2. Zum Nachweis

Wettbewerbshandlungen marktmächtiger Unternehmen sind an dem von der jeweiligen Referenzsituation Gebotenen zu messen; entscheidend ist, wie sie sich auf den Wettbewerbsprozess und auf die Wettbewerbsergebnisse auswirken. Mit Bezug auf zweifelhafte Handlungen ist zu fragen: Haben sie, weil sie von einem marktmächtigen Unternehmen ausgehen, andere Reaktionen der Wettbewerber der eigenen oder der Marktgegenseite oder andere Koordinationsergebnisse zur Folge, als es gemäss der Referenzsituation der Fall sein sollte? Die Untersuchung muss sich auf Prozess wie auf Ergebnisse des Wettbewerbes erstrecken, weil dieser als Ziel/Mittel-System für beides bestimmte Normen enthält.

Sieht man von jenen Verhaltensweisen ab, welche Marktmacht zur Voraussetzung haben und mithin (einzelne Ausnahmen vorbehalten) a priori systemwidrig wirken, kann der (bewusst gesuchte oder als Nebenwirkung unvermeidliche) Einfluss von Marktmacht nur durch auf die Referenzsituation bezogene Hypothesen nachgewiesen werden. Die damit verbundene Problematik fingierter Wettbewerbsprozesse und -ergebnisse ist in Deutschland im Zusammenhang mit dem von den marktmächtigen Unternehmen geforderten «als ob»-Verhalten abgehandelt worden. Diese Diskussion braucht hier nicht referiert zu werden[1]; allen Einwänden wegen ungenügender wettbewerbstheoretischer Absicherung und fehlender Praktikabilität zum Trotz (und unabhängig von den Eigenheiten des deutschen Kartellrechts) kann als Ergebnis wohl festgehalten werden, dass die Missbrauchsaufsicht nicht darauf verzichten kann, aus modellmässigen Überlegungen Folgerungen für machtbeeinflusste Wettbewerbsprozesse und -ergebnisse abzuleiten. Zumindest in solchen Restbereichen von Marktmacht, welchen durch strukturelle Eingriffe nicht beizukommen ist, gibt es keine andere Möglichkeit[2].

Die eingangs formulierte Testfrage nach den machtbedingten Abweichungen von der Referenzsituation unterscheidet sich allerdings vom «als ob»-Schema:

[16] Die Verwendbarkeit des Leistungsbegriffes im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb wird in Zweifel gezogen, da er nicht taugt, den lauteren vom unlauteren Wettbewerb zu scheiden, weil nämlich Leistung ist, «...was der Markt honoriert», sei es auch unlauter; vgl. SCHLUEP, Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: FS Troller, Masch. 23ff. Im Kontext geht es jedoch nur um gerade diese Frage, ob ein Angebot sich als beste Leistung oder wegen Marktmacht durchsetzt. Vgl. dazu MESTMÄCKER, Das marktbeherrschende Unternehmen, 17f.; KANTZENBACH, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20/I, 2. A., Berlin 1971, 159ff., 175; ferner den Wettbewerbsbegriff bei BORCHARDT/FIKENTSCHER, 15.

[1] Vgl. die Darstellungen in WuW *1975* 658ff., und bei LENEL, 320ff., mit weiteren Hinweisen.

[2] So trotz vielen Vorbehalten MÖSCHEL, 211f.

Dieses findet nur bei Ausbeutungstatbeständen Anwendung[3], vor allem aber knüpft es an Handlungsmustern an und verlangt von den marktmächtigen Unternehmen sogenannt «normales», d.h. auch den nicht marktmächtigen zugängliches Verhalten[4]. Dadurch sind jedoch, mit Ausnahme der Marktmacht voraussetzenden Handlungen, systemwidrige Koordinationsvorgänge oder -ergebnisse nicht mit Sicherheit ausgeschlossen[5], während auf der anderen Seite eine Unternehmung beispielsweise daran gehindert wird, die Aufwendungen für eine Pionierleistung durch prozessuale Monopolgewinne wieder hereinzuholen – ein Verhalten, das durchaus wettbewerbsgerecht ist.

4.2. Zweckwidrige Rechtsausübung

Die systemwidrige Ausnutzung des Handlungsspielraumes durch ein marktmächtiges Unternehmen ist ein Fall von Rechtsmissbrauch: Es handelt sich um die zweckwidrige Inanspruchnahme der Berechtigung, die sich aus dem Rechtsinstitut Wettbewerb ergibt, welches, in der Form der theoretisch ableitbaren Referenzsituation, die Norm für ihre richtige Ausübung enthält.

Diese Norm könnte einer allein persönlichkeitsrechtlichen Abgrenzung der in der Berechtigung enthaltenen Wettbewerbsfreiheit nicht entnommen werden[1]: Die Stellung eines Wettbewerbers umfasst ja in aller Regel auch eine Funktion im Hinblick auf bestimmte gesamtwirtschaftliche Koordinationsergebnisse. Die Verfolgung von an sich legitimen Eigeninteressen kann, hat ein Wettbewerber Marktmacht, solchen Wettbewerbszielen entgegenwirken. Die funktional-technische Beurteilung einer Wettbewerbshandlung lässt somit immanente Schranken der rechtlichen Stellung eines Wettbewerbers erkennen, die einer Sozialbindung[2] vergleichbar sind.

Es wäre ferner wenig sinnvoll, rechtlich den Missbrauch von Marktmacht so zu erfassen, dass man, den Handlungsspielraum als institutionell gewährte Berechtigung ignorierend, die einzelnen konkreten Handlungen als Anknüpfungspunkte nimmt. Als solche werden etwa die Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit[3] oder die Ausübung von Eigentumsrechten[4] genannt; man müsste auch auf

[3] Vgl. Möschel, 154; WuW *1975* 659.
[4] Vgl. Lenel, 326.
[5] Vgl. vorn 4.1.1.; Schmidt, 190.
[1] Vgl. Schluep, Die kartellrechtlichen Fragestellungen, 29.
[2] Vgl. vorn 1. Kap., 4.1.2.2.
[3] Vgl. Bartholomeyczik, Das Gegengewichtsprinzip und die Funktionsfähigkeit des Austauschvertrages in der modernen Rechtsentwicklung, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. 3, Köln/Berlin/Bonn/München 1966, 52.
[4] Vgl. Everling, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, FS Raiser, Tübingen 1974, 379ff., 387; Jucker, Wettbewerbspolitik und Arbeitnehmer, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, FS Marbach, Bern 1972, 59ff., 66.

die Ausübung der Leitungsgewalt über Arbeitnehmer oder auf die Verwendung gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten verweisen. Abgesehen davon, dass ein einziger solcher Ansatzpunkt nicht genügt, alle Missbrauchshandlungen zu erfassen, liegt die allfällige Zweckwidrigkeit jeweilen in der allen diesen Handlungen gemeinsamen Tatsache, dass ein Recht anders ausgeübt wird, als die funktionale Bindung durch das Rechtsinstitut Wettbewerb erlaubt[5].

Die dogmatische Einordnung der missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht beim Rechtsmissbrauch führt nicht nur dazu, dass der einzelne (marktmächtige) Wettbewerber mit seinen Handlungen rechtlicher Überprüfung unterliegt, sondern auch dazu, dass die mit dem Vollzug der Missbrauchsaufsicht betrauten Verwaltungs- und Gerichtsbehörden sich juristischer Methoden zu bedienen haben. Denn die Herausarbeitung der wettbewerbspolitischen Referenzsituation, an welcher die Wirkungen machtunterbauter Handlungen zu messen sind, und damit des bezüglich Ablauf wie Ergebnis der Koordination richtigen Verhaltens, ist eine Frage juristischer Sinnermittlung. Anleihen bei ökonomischen Wettbewerbsmodellen sind dabei zulässig[6], aber wenig hilfreich, denn Unklarheiten werden regelmässig bei nicht bereinigten Zielantinomien und wirtschaftspolitisch oder anderswie begründeten Ausnahmen vom Wettbewerb auftreten.

Von der zweckwidrigen Ausübung der Berechtigung eines Wettbewerbers zu sprechen ist letztlich nur sinnvoll, wenn man davon ausgeht, dass es möglich ist, über eine bestimmte Wettbewerbsordnung modellmässige Aussagen zu machen. Das richtige und daher erlaubte Verhalten muss ferner für den einzelnen Wettbewerber erkennbar sein; fehlt einer Wettbewerbsordnung die dafür notwendige Verbindlichkeit, so schlägt der «Wettbewerb» in ein System behördlicher Lenkung um, das keinen Handlungsspielraum offen lässt. Juristisch gesehen liegt dann keine Berechtigung mehr vor, die zweckwidrig ausgeübt werden könnte.

[5] Vgl. Mestmäcker, Das Prinzip der Rule of Reason und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Kartell- und Monopolrecht, Rüschlikon/Zürich 1973, 231 ff., 245 f.

[6] A. M. wohl Lukes, Wettbewerbsrecht und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik NF Bd. 20/I, 2. A., Berlin 1971, 579 ff., 598 f.

4. Kapitel: Zweckgerechtes Verhalten marktmächtiger Unternehmen nach schweizerischem Kartellgesetz und EWG-Vertrag

1. Einleitung

Die Ausführungen im letzten Kapitel haben zur These geführt, dass unter «Missbrauch der Marktmacht» die zweckwidrige Ausübung einer Rechtsstellung zu verstehen ist und dass es sich dabei um Rechtsmissbrauch handelt. Mithin lässt sich die missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht, wie jeder Fall von Rechtsmissbrauch, inhaltlich so konkretisieren, dass die zweckgerechte Ausübung der Berechtigung aufgezeigt wird [1]. Der Zweck des den Unternehmen eingeräumten Handlungsspielraumes, der Berechtigung, liegt, wie sich gezeigt hat, in der Ermöglichung jener Verhaltensweisen, welche für die Realisierung des modellmässig als wettbewerbspolitische Referenzsituation darzustellenden wirtschaftlichen Koordinationssystems notwendig sind; an dieser Referenzsituation ist deshalb die Ausübung der Berechtigung zu messen.

Wenn im folgenden anhand dieser Überlegungen versucht wird, den Begriff der missbräuchlichen Ausnützung der Marktmacht gemäss schweizerischem KG und gemäss den Wettbewerbsregeln des EWGV zu erläutern, geht es mithin darum, die jeweilige wettbewerbspolitische Referenzsituation darzustellen. Die Ausführungen können sich dabei auf jene vorgängig auszusondernden Teilaspekte der Referenzsituation beschränken, die für die Verhaltenskontrolle marktmächtiger Unternehmen allein von Bedeutung sind.

2. Zur wettbewerbspolitischen Referenzsituation als Verhaltensmassstab

Von der wettbewerbspolitischen Referenzsituation ist bereits früher die Rede gewesen [1]; sie ist das Abbild der Marktstrukturen, Marktprozesse und Marktergebnisse, die zu einer bestimmten Wettbewerbsordnung gehören. Die Referenzsituation enthält nicht notwendig bei jeder Wettbewerbskonzeption alle drei ge-

[1] Vgl. dazu Cerexhe, L'interprétation de l'article 86 du traité de Rome et les premières décisions de la Commission, CDE *1972* 272ff., 293: «Si on admet l'existence de position dominante en se limitant à en interdire les abus, il est indispensable, pour déceler ceux-ci, de se référer à ce qui constituerait le comportement normal ...»

[1] Vgl. 3. Kap., 3.1.2.

nannten Elemente: Nach systemtheoretischem Verständnis z. B. darf man sich bekanntlich kein Bild von den Marktergebnissen machen[2].

Der Begriff «wettbewerbspolitische Referenzsituation» impliziert einen Wirtschaftsbereich, in welchem die Koordination durch Wettbewerb gesteuert wird; einzelne punktuelle oder auch weitgehende Einbrüche in das Wettbewerbssystem fliessen ebenfalls in die Referenzsituation ein und sind bei der Beurteilung des Verhaltens marktmächtiger Unternehmen mitzubeachten.

Erstes Element der wettbewerbspolitischen Referenzsituation ist grundsätzlich die Marktstruktur; obwohl geeigneter Ansatzpunkt gestaltender Eingriffe in den Wettbewerb[3], gibt sie keinen Massstab für das Verhalten marktmächtiger Unternehmen ab. Denn die Wettbewerbstheorie kann allenfalls sagen, welche Verhaltensweisen bei einer bestimmten Marktstruktur besonders wahrscheinlich und welche Marktergebnisse folglich zu erwarten sind, nicht aber, welche richtig sind.

Als Verhaltensmassstab kommen daher nur Marktprozess und Marktergebnisse in Betracht. «Marktprozess» bezeichnet den Vorgang der Bestimmung der Tauschbedingungen und der Lenkung der Güter oder Leistungen aufgrund der Handlungen der in einem relevanten Markt auftretenden Unternehmen. «Marktergebnisse» als Element der Referenzsituation sind qualitative Normen für Werte, die vom Marktprozess und mithin vom Verhalten der Unternehmen beeinflusst werden. Die einer Wettbewerbsordnung zu entnehmenden Regeln bezüglich des Marktprozesses erfassen die den «Behinderungshandlungen» zuzurechnenden Verhaltensweisen; Normen für die Marktergebnisse erfassen «Ausbeutungshandlungen». Das Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens kann je nach Blickwinkel «Behinderung» und «Ausbeutung» zugleich sein und muss daher mit der Referenzsituation sowohl nach Marktprozess wie nach Marktergebnissen vereinbar sein.

3. Schweizerisches Kartellgesetz

3.1. Ausgangslage

Das KG spricht nirgends von «missbräuchlicher Ausnutzung der Marktmacht» und kennt auch keinen anderen gleichwertigen Ausdruck[1]; es regelt jedoch das Verhalten von Kartellen und marktmächtigen Unternehmen – «kar-

[2] Vgl. 3. Kap., 2.2.2.

[3] Vgl. 3. Kap., 2.2.2.

[1] Ausdrücklich erwähnt wird der Missbrauch der Marktmacht in Art. 15 I b) EFTAV als «unlautere Ausnutzung einer beherrschenden Stellung» und in Art. 23 I ii) des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (BBl. *1972*

tellähnlichen Organisationen» in der Sprache des Gesetzes [2] – in einer Weise, die nach herrschender Ansicht mit dem wettbewerbspolitischen Prinzip der Missbrauchsaufsicht übereinstimmt [3] und juristisch in den Bereich des Rechtsmissbrauchsverbotes gehört [4].

Geht man von diesen Annahmen aus, so ist missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht solches Verhalten, das «unzulässig» (Art. 4 KG) ist oder Anlass zu «Massnahmen» (Art. 22 KG) gibt [5]; an den entsprechenden Gesetzesbestimmungen muss mithin die Darstellung der wettbewerbspolitischen Referenzsituation anknüpfen. Das KG enthält keine besonderen Vorschriften für marktmächtige Einzelunternehmen, unterstellt sie vielmehr jenen Normen, die mit

II 745 ff.) als «missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung». Auf diese Staatsverträge wird hier nicht eingegangen; jedenfalls das Abkommen mit der EWG stellt eine eigenständige Koordinationsordnung für den Warenverkehr innerhalb des Vertragsgebietes auf, welche (materiell) nicht als Anhang zum KG behandelt werden kann, sondern eine besondere Darstellung verlangen würde.

[2] Auf eine Erläuterung des Begriffes der «kartellähnlichen Organisation» (vgl. dazu ALLEMANN, Marktmächtige Unternehmung, 214 ff.; SATTLER, H., Zu den Begriffen des Kartells und der Kartellähnlichen Organisation, Diss. Zürich 1970, 59 ff.; GREMINGER, W., Das Oligopol im schweizerischen Kartellgesetz, Diss. St. Gallen 1971, 98 ff.; DROLSHAMMER, 14 ff.) wird, wie auf andere Fragen des Geltungsbereichs des KG, verzichtet; es wird auch im folgenden der Ausdruck «marktmächtiges Unternehmen» verwendet.

[3] Vgl. die folgenden, zufällig zusammengestellten Zitate: Art. 22 KG beziehe sich (auch) auf «... die missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung» (MERZ, Kartellrecht, 24); «... volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist eben identisch mit Missbrauch privater Marktmacht ...» (SCHÜRMANN, Fragen aus der Praxis des Kartellrechts, WuR *1968* 1 ff., 10); es finde sich kein Hinweis dafür, dass eine bestimmte Unternehmung ihre marktmächtige Stellung missbräuchlich ausnütze (VKK *1971,* 156 [Zeitungsmarkt]); die Kartellkommission untersucht, ob der Vorwurf des «Missbrauchs von Marktmacht» zutrifft (VKK *1975* 53 [Treib- und Brennstoffe]); SIEBER, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR *1973* 48 ff., 74, Anm. 29, spricht von «unserer Missbrauchsgesetzgebung», obschon «... von ‚Missbrauch' ... im Kartellgesetz gar nicht die Rede» ist; die Botschaft zu den Abkommen zwischen der Schweiz und den EG nimmt Bezug auf «... das im schweizerischen Kartellgesetz verankerte Prinzip der Missbrauchsbekämpfung ...», BBl. *1972* II 703.

[4] Vgl. dazu SCHÜRMANN, Missbrauchsprinzip oder Verbotsprinzip, in: Kartell- und Monopolrecht, Gottlieb Duttweiler Institute, Rüschlikon/Zürich, 1973, 33 ff.; zurückhaltender DROLSHAMMER, 38 ff.; a. M. DESCHENAUX, Aspects d'une révision de la loi sur les cartels et organisations analogues, ZBJV *1974* 121 ff., 131.

[5] Art. 4 KG: Vorkehren eines Kartells, mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden sollen, wie Bezugs- und Liefersperren, Sperren von Arbeitskräften, Benachteiligung in den Preisen und Bezugsbedingungen oder gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Preisunterbietungen, sind unter Vorbehalt der Ausnahmen des Artikels 5 unzulässig.

Auf kartellähnliche Organisationen sind die Bestimmungen über unzulässige Wettbewerbsbehinderung sinngemäss anwendbar.

Art. 5 KG: Die Wettbewerbsbehinderung ist zulässig, sofern die Vorkehren durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt sind und sie die Freiheit des Wettbewerbes im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig beeinträchtigen.

Als überwiegende schutzwürdige Interessen fallen insbesondere in Betracht

a) die Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbes;
b) die Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen;
c) die Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes;

Blick auf kartellistisches Verhalten konzipiert worden sind; es unterscheidet zwischen auf kartellistischer Vereinbarung beruhendem kollektivem und sonstwie begründetem Markteinfluss einzig in der Wendung, dass auf marktmächtige Unternehmen «... die Bestimmungen über unzulässige Wettbewerbsbehinderungen sinngemäss anwendbar» sind (Art. 4 II KG).

Die besondere wettbewerbspolitische Absicht des Gesetzgebers hat dazu geführt, dass das KG in einen privat- und einen verwaltungsrechtlichen Teil zerfällt. Der Schutz des Rechtes des einzelnen Unternehmens auf freie wirtschaftliche Betätigung und die Ermöglichung des im Gesamtinteresse liegenden Wettbewerbs[6] werden in unterschiedlichen Verfahren verwirklicht. Von den mit dieser Eigenheit des KG verbundenen Problemen der Rechtsverwirklichung – Voraussetzung, dass ein behindertes Unternehmen bereit ist, Klage zu erheben (Art. 4 KG)[7] oder dass das «öffentliche Interesse» eine verwaltungsgerichtliche Klage rechtfertigt (Art. 22 KG); Möglichkeit, dass der gleiche Sachverhalt, mit allenfalls unterschiedlicher Beweislastverteilung, sowohl zivil- wie verwaltungsrechtlich zu beurteilen ist – wird im folgenden bewusst abgesehen, da sie ohne Einfluss auf die für das Verhalten marktmächtiger Unternehmen massgebende wettbewerbspolitische Referenzsituation sind[8].

d) die Durchsetzung eines Kartells auf ausländischen Märkten;
e) die Durchsetzung angemessener Preisbindungen der zweiten Hand, namentlich soweit sie nötig sind, um die Qualität der Ware oder den Kundendienst zu gewährleisten; vorbehalten bleibt die Anwendung von Buchstaben a bis d auf die Durchsetzung von Preisbindungen der zweiten Hand.

Nicht als schutzwürdig gilt das Interesse, das ausschliesslich darauf gerichtet ist, neue Wettbewerber fernzuhalten; vorbehalten bleiben die Absätze 1 und 2.

Art. 20 KG: Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement kann die Kartellkommission mit Sonderuntersuchungen beauftragen, durch welche abgeklärt werden soll, ob bestimmte Kartelle oder ähnliche Organisationen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen.

Die Kommission gibt vor Abschluss des Verfahrens den Beteiligten Gelegenheit, zum Untersuchungsergebnis Stellung zu nehmen. Sie kann ihnen empfehlen, Kartellbestimmungen abzuändern oder aufzuheben oder Vorkehren von Kartellen oder ähnlichen Organisationen zu unterlassen.

...

Art. 22 KG: Zur Wahrung des öffentlichen Interesses kann das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement aufgrund einer Sonderuntersuchung beim Bundesgericht binnen eines Jahres seit Einreichung des Untersuchungsberichtes Klage erheben, wenn ein Kartell oder eine ähnliche Organisation den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbarten Weise ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt, insbesondere zum Nachteil der Konsumenten.

Heisst das Bundesgericht die Klage gut, so ordnet es die erforderlichen Massnahmen an; insbesondere kann es Kartellbestimmungen aufheben oder ändern oder Vorkehren von Kartellen und ähnlichen Organisationen verbieten.

...

[6] So *Botschaft KG*, 561.

[7] Vgl. dazu DROLSHAMMER, 245 ff.

[8] Die Erläuterungen zum KG beschränken sich im übrigen auf die Relevanz des Gesetzes für Handlungen, die sich als Ausnutzung oder Inkaufnahme des speziellen Einflusses marktmächtiger Unternehmen erweisen; andere Sachverhalte, die vom KG allenfalls auch erfasst werden, bleiben ausgeklammert.

3.2. Marktprozess

Nach Art. 4 I KG sind «Vorkehren eines Kartells, mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden sollen, ... unter Vorbehalt der Ausnahmen des Artikels 5 unzulässig»; eine Bestimmung, die nach Art. 4 II auf marktmächtige Unternehmen «sinngemäss anwendbar» ist [1]. Die Handlungen oder Unterlassungen, welche sich dazu eignen, andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder vom Wettbewerb auszuschliessen, können nicht abschliessend aufgezählt werden. Art. 4 KG nennt jedoch nur Beispiele, die typisch kartellistische Handlungsmuster sind und überhaupt nicht erkennen lassen, dass marktmächtige Unternehmen im Vergleich mit Kartellen über einen weit grösseren Bereich von Behinderungshandlungen verfügen [2].

Zufolge der Beschränkung auf Handlungen, die behindern oder ausschliessen «sollen», also bewusst zwecks Verwirklichung dieses verpönten Erfolges unternommen werden [3], und dazu auch taugen [4], erfasst das KG alle jene zahlreichen Verhaltensweisen nicht, die eine Behinderung im oder einen Ausschluss vom Wettbewerb als Nebenwirkung mit sich bringen. «Vorkehr» ist mit anderen Worten nie, was sich für ein Unternehmen als betriebswirtschaftlich sinnvoll begründen lässt, selbst wenn es eine Massnahme ist, die von vornherein nur einem marktmächtigen Unternehmen möglich ist [5].

Verpönte «Vorkehren» sind zudem nur jene Handlungen, die zumindest auf eine «erhebliche» Behinderung eines Dritten im Wettbewerb abzielen. Diese Einschränkung wird unterschiedlich begründet. Sie wird teils auf die wettbewerbstheoretische Einsicht zurückgeführt, dass Wettbewerb in der Praxis eben die gegenseitige Beeinflussung, mit anderen Worten eine gewisse «Behinderung» geradezu voraussetzt [6], teils aber damit erklärt, dass (Kartelle und) marktmächtige Unternehmen mit gleichem Recht wie Unternehmen ohne besonderen Markteinfluss am Wettbewerb teilnehmen, mithin Dritte a priori in

[1] Zu den Problemen, die sich aus der nur «sinngemässen» Anwendung des Behinderungsverbotes auf kartellähnliche Organisationen ergeben, vgl. DROLSHAMMER, v. a. 195 ff.

[2] Vgl. dazu DROLSHAMMER, 89.

[3] Zur Schwierigkeit, die eigentliche Absicht hinter einer Handlungsweise zu erkennen, vgl. SCHLUEP, Behinderungsverbot, 105 f.

[4] Vgl. *Botschaft KG*, 580; KOLLER, Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, in: FS Walther Hug, Bern 1968, 97 ff., 101 f.; SCHÜRMANN, Zur neueren Entwicklung der Kartell- und Wettbewerbspolitik aus schweizerischer Sicht, WuR *1973* 77 ff., 93.

[5] Vgl. DROLSHAMMER, 36, 199 ff.; SCHLUEP, Behinderungsverbot, 108, 130; *ders.*, Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR *1973* II 155 ff., 518, Anm. 3. «Vorkehren» sind natürlich erst recht nicht leistungsgerechte Differenzierungen, welche weder Marktmacht voraussetzen noch wegen Marktmacht besondere Auswirkungen zeigen; vgl. BGE *101* II 146 f. (Rentchnick II) zum Funktionsrabatt.

[6] So KOLLER (vorn Anm. 4), 107 ff.; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 600, Anm. 136. Vgl. auch vorn, 3. Kap., 2.2.2.

einem bestimmten Rahmen behindern dürfen [7]. Wichtiger als diese Differenz in der theoretischen Herleitung ist der Umstand, dass auch über die praktische Bestimmung der Schwelle der Erheblichkeit divergierende Ansichten bestehen. Das Bundesgericht teilt die Auffassung, wonach eine Behinderung erheblich ist, wenn sie für das betroffene Unternehmen eine finanzielle Einbusse zur Folge hat [8], ist dabei aber teilweise von wettbewerbstheoretisch unzutreffenden Überlegungen ausgegangen, indem es nicht den relevanten Markt, sondern die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit als Vergleichsbasis genommen hat [9]. Dem steht die Meinung entgegen, dass die Erheblichkeit der Behinderung nicht anhand der vermögensmässigen Folgen zu messen ist, sondern, weil Gesichtspunkte des funktionsfähigen Wettbewerbs keine Rolle spielen [10], immer dann gegeben ist, wenn der Behinderte in seiner Freiheit verletzt ist, «...die wirtschaftliche Tätigkeit nach seinem Willen und seinen Absichten zu gestalten...», wenn er auf Angebote ausweichen muss, die nach seiner subjektiven Wertung nicht gleichwertig sind [11].

Welche Auslegung des Begriffes «erheblich» richtig ist, muss hier offenbleiben. Für ein Unternehmen, das die gesamtwirtschaftliche Relevanz seines Tuns nicht aus den Augen verliert [12], wird sich eine durch Behinderung erzwungene Abweichung vom geplanten Verhalten immer als finanzielle Einbusse auswirken; ganz abgesehen davon, dass, wer die (höchst privatrechtliche) «Narrenfreiheit, Unrentables zu tun» [13] in Anspruch nimmt, seinerseits andere Unternehmen nur deshalb nicht «behindert», weil es am speziellen Vorsatz hiezu fehlt [14].

Als Norm für den Marktprozess ist aus Art. 4 KG zu erschliessen, dass die Bestimmung der Tauschbedingungen und die Lenkung der Güter sich aufgrund der Handlungen von am Markt auftretenden Unternehmen ergeben sollen, die nicht gezielt in der Verfolgung ihrer wirtschaftlichen Pläne gestört werden. Der Marktprozess ist damit, entgegen der Konzeption des «Möglichen Wettbewerbes», die Ausgangspunkt der schweizerischen Kartellgesetzgebung gewesen

[7] So SCHÜRMANN, Die Durchführung des Kartellgesetzes, WuR *1969* 65ff., 74; HOMBURGER, 74ff. Vgl. dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 600, Anm. 136; *ders.*, Schweizerische Wettbewerbspolitik, 124.

[8] Vgl. BGE *91* II 319 (Sessler), *94* II 329 (Rentchnick), *98* II 374 (Denner), *99* II 232 (Angehrn); so auch HOMBURGER, 100ff.; DESCHENAUX, A propos de l'ouvrage «Das schweizerische Kartellgesetz», ZSR *1968* I 73ff., 85.

[9] Vgl. dazu MATILE, 208ff.

[10] Vgl. die Ausführungen bei KOLLER (vorn Anm. 4), 102ff.; a. M. VUARIDEL, Sur la notion d'entrave notable à la concurrence, WuR *1970* 221ff., 226; SCHÜRMANN, Kommentar, 68; *ders.*, (vorn Anm. 7), 71, 74.

[11] KOLLER (vorn Anm. 4), 106; vgl. auch MERZ, Kartellgesetz, 40ff.

[12] Vgl. dazu vorn, 3. Kap., 4.2.

[13] KOLLER (vorn Anm. 4), 107.

[14] Wer vom Zwang zur Rentabilität befreit ist, hat bekanntlich Marktmacht; vgl. vorn, 3. Kap., 2.3.2.5.

ist[15], nicht immer vor dem besonderen Einfluss marktmächtiger Unternehmen geschützt; der als Legalausnahme zu Art. 4 KG konzipierte Art. 5 zeigt darüber hinaus, dass, wenn es «...durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt...» ist, der Marktprozess von marktmächtigen Unternehmen unter Ausnutzung ihrer besonderen Handlungsmöglichkeiten gesteuert werden darf, auch wenn andere Wettbewerber dabei durch «Vorkehren» im Wettbewerb behindert oder allenfalls davon ausgeschlossen werden.

Der Marktprozess, als Teil der wettbewerbspolitischen Referenzsituation, nach welcher marktmächtige Unternehmen ihre Handlungen auszurichten haben, ist mithin eine Funktion sich gegenüberstehender Interessen. Dem Interesse an der von gezielter Behinderung freien Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit stellen sich «schutzwürdige Interessen» entgegen, deren Realisierung möglicherweise die bewusste Ausnutzung der marktmächtigen Unternehmen eigenen Fähigkeit verlangt, andere Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen. Art. 5 II KG nennt Beispiele überwiegender schutzwürdiger Interessen wirtschafts- oder rechtspolitischer Natur[16], es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass auch andere, beispielsweise sozialpolitische Interessen in Betracht kommen[17].

Um ein «schutzwürdiges Interesse» handelt es sich nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn zum privaten Interesse einer marktmächtigen Unternehmung an einer Wettbewerbsbehinderung ein «allgemeines Interesse [in casu:] volkswirtschaftlicher Art» tritt, sofern nur die von der marktmächtigen Unternehmung verfolgten Interessen mit dem Gesamtinteresse zu vereinbaren sind[18]; ob die Interessen eines marktmächtigen Unternehmens schutzwürdiger sind als jene anderer Wettbewerber, hängt «... von den Umständen des Einzelfalles...» ab[19]. Nach anderer Ansicht hätte diese Interessenabwägung ausschliesslich anhand von Gesichtspunkten des Gemeinwohls zu geschehen[20] und wären nur solche Behinderungen zuzulassen, die positiv im öffentlichen Interesse sind[21].

[15] Vgl. Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission, Bern 1957, v.a. 160f. Die Konzeption des «Möglichen Wettbewerbes» beruht auf der Annahme, dass die Wettbewerbsordnung gesichert ist, wenn die als regelmässig vorhanden vorausgesetzten Kartellaussenseiter unbehindert am Wettbewerb teilnehmen können.

[16] Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 596.

[17] Vgl. J. MICHELI, Les exceptions à l'illicité des entraves à la concurrence de tiers, thèse Lausanne 1972, 117f. A. M. wohl SCHÜRMANN, Kommentar, 82.

[18] Vgl. dazu BGE *99* II 235 (Angehrn)

[19] Vgl. BGE *98* II 376 (Denner); HOMBURGER, 157; dazu auch SCHLUEP, Schweizerische Wettbewerbspolitik, 123.

[20] Vgl. dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 596f.

[21] MERZ, Kartellrecht, 14; JUNOD, Diskussionsvotum in ZSR *1970* II 868ff.; SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, 216; DESCHENAUX, L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, 193ff., 218. So früher auch das Bundesgericht, BGE *94* II 339 (Rentchnick).

Diese (kontroversen) Erwägungen zum Begriff der «überwiegenden schutzwürdigen Interessen» sind vorwiegend im Hinblick auf die allfällige Rechtfertigung des Verhaltens von Kartellen angestellt worden; aufgrund der ebenfalls nur «sinngemässen» Anwendung von Art. 5 KG auf marktmächtige Unternehmen sind sie auf deren Handlungen nicht ohne weiteres übertragbar. Es ist denn auch vorgebracht worden, die Berechtigung von Wettbewerbsbehinderungen durch marktmächtige Unternehmen (im Gegensatz zu jenen durch Kartelle) dürfe nur anhand einer Abwägung privater Interessen geprüft werden, weil sonst der Handlungsspielraum solcher Unternehmen in einem vom Gesetz nicht gewollten Ausmass beschränkt werde[22]. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass marktmächtige Unternehmen sich nicht auf den Gedanken der genossenschaftlichen Selbsthilfe berufen können, welcher nach schweizerischer Wettbewerbsphilosophie den Kartellen einen grundsätzlich positiven Anstrich gibt[23], weswegen ihre Wettbewerbsbehinderungen um so mehr auf die Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse zu überprüfen sind, vielleicht aber auch durch dieses erst eine Rechtfertigung finden[24].

Ein Marktprozess, der je nach den Umständen des Einzelfalles so oder anders verlaufen darf[25], ist ersichtlich keine Norm, nach welcher marktmächtige Unternehmen ihr Verhalten ausrichten können. Es bleibt zu untersuchen, ob eine Auslegung der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen das aus dem privatrechtlichen Teil des KG abgeleitete Resultat bestätigt; neue Gesichtspunkte sind freilich nicht zu erwarten, liegt doch die Bedeutung des verwaltungsrechtlichen Teils darin, «was zivilrechtlich unzulässig ist, ... bei grösserer Bedeutung der Angelegenheit auch öffentlich-rechtlich ...» zu verfolgen[26].

Nach Art. 20 KG hat die Kartellkommission im Rahmen von «Sonderuntersuchungen» abzuklären, ob bestimmte marktmächtige Unternehmen «... volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen». Unter diesen umfassenden Begriff lässt sich namentlich auch der Sachverhalt subsumieren, dass eine marktmächtige Unternehmung in einer nicht erwünschten Art den Marktprozess beeinflusst; doch bleibt offen, wie dieser abzulaufen hat. Anhaltspunkte hiefür gibt dagegen Art. 22 KG, wonach das Bundesgericht auf entsprechende Klage hin die «erforderlichen Massnahmen» anordnet, wenn ein marktmächtiges Unternehmen «... den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise ausschliesst oder erheb-

[22] So Micheli (vorn Anm. 17), 126ff.

[23] Dazu bei Schluep, Kontrahierungspflicht, 216f.

[24] Vgl. Schluep, ZSR *1973* II (vorn Anm. 5) 520; Drolshammer, 217ff.

[25] Aus den Umständen des Einzelfalles ergibt sich auch, wann eine Behinderung «... die Freiheit des Wettbewerbes im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig» beeinträchtigt (Art. 5 KG); dazu Micheli (vorn Anm. 17), 47ff.; Schürmann, Kommentar, 85f.; Koller (vorn Anm. 4), 115ff.

[26] *Botschaft KG*, 610.

lich beeinträchtigt, insbesondere zum Nachteil der Konsumenten». Mag nun diese Formulierung den Gegenstand der Sonderuntersuchung gemäss Art. 20 KG so verdeutlichen[27] oder einengen[28], dass er auch Grundlage gerichtlicher – nicht nur verwaltungsmässiger - Beurteilung sein kann, mögen beide Bestimmungen trotz unterschiedlichem Wortlaut das gleiche meinen[29], oder mag Art. 22 KG die Bedeutung von Art. 20 erst konkretisieren[30]: Art. 22 KG ist, zumindest im vorliegenden Zusammenhang, die «zentrale» Bestimmung[31], weil (nur) sie auf den Marktprozess verweist, und weil auf andere Gesichtspunkte abgestützte «Empfehlungen» (nach Art. 20 KG) jedenfalls nur soweit als «erforderliche Massnahmen» zwangsweise durchgesetzt werden können, als sie den Kriterien von Art. 22 KG genügen.

Art. 22 KG spricht von «Ausschluss oder erheblicher Beeinträchtigung des Wettbewerbes in einem Wirtschaftszweig oder Beruf»; das kann nicht als Verweis auf den Wettbewerbsbegriff der Wettbewerbstheorie verstanden werden – solcher Wettbewerb spielt sich auf einem einzelnen relevanten Markt ab[32] –, sondern bezieht sich auf Situationen, da gleichzeitig in mehreren (oder allen) Märkten, die dem gleichen Wirtschaftszweig (oder Beruf) zuzurechnen sind, einzelne Wettbewerber durch ein marktmächtiges Unternehmen behindert werden[33], so dass die wirtschaftliche Koordination nach dem Modell des «Möglichen Wettbewerbes» in einer ganzen Branche in Frage gestellt wird. Art. 22 KG beruht mithin auf der gleichen Norm für den Marktprozess, die auch aufgrund von Art. 4 zu erkennen ist, dass nämlich die Bestimmung der Tauschbedingungen in einem bestimmten relevanten Markt sich aus den Handlungen von Marktteilnehmern ergeben soll, die in der Verfolgung ihrer Unternehmenspläne nicht gestört werden. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Behinderungen Dritter, die in ihrer Gesamtheit als «erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs» Anlass zu verwaltungsrechtlicher Klage geben, nicht gezielte Vorkehren sein müssen, sondern die Folgen irgendwelcher machtunterbauter Handlungen sein können[34]. Dieser Umstand wirkt sich jedoch nur in jenen ganz atypischen Verhältnissen aus, da ein Wirtschaftszweig (ein Beruf) mit einem ein-

[27] *Botschaft KG*, 610; MERZ, Kartellgesetz, 112.

[28] SCHÜRMANN, Kommentar, 158; *ders.*, (vorn Anm. 7), 85.

[29] So SIEBER, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR *1973* 48ff., 73, Anm. 13; MATILE, 255.

[30] So regelmässig die Kartellkommission, vgl. etwa VKK *1968* 220 (Sanitärgewerbe); *1969* 70 (Milch); *1971* 48 (Spirituosen); 1973, 136 (Sanitärgewerbe II); *1974* 412 (Biermarkt).

[31] Vgl. SCHLUEP, ZSR *1973* II (vorn Anm. 5) 542.

[32] Vgl. vorn, 3. Kap., 2.2.2.

[33] Vgl. SCHLUEP, ZSR *1973* II (vorn Anm. 5) 543f.; auch vorn Anm. 26.

[34] Vgl. dazu *Botschaft KG*, 610; SCHÜRMANN, Kommentar, 169; SCHLUEP, ZSR *1973* II (vorn Anm. 5) 543f.; ALLEMANN, Marktmächtige Unternehmung, 222. Zu beachten auch Art. 22 II KG, wonach die «erforderlichen Massnahmen» nur «insbesondere» in der Aufhebung von «Vorkehren» bestehen.

zigen Markt zusammenfällt oder von einem einzigen Markt dominiert wird [35]. In der Regel wird die Tatsache, dass Art. 22 KG einen zu groben, mit Blick auf Kartellsachverhalte gewählten Raster verwendet – «Wirtschaftszweig oder Beruf», nicht «Markt» –, dazu führen, dass marktmächtige Unternehmen sich an die ihnen weit günstigere Norm halten können, dass der Marktprozess (nur) frei von gezielten Behinderungen zu sein hat.

Selbst wenn die Bedingung ausnahmsweise erfüllt ist, dass ein marktmächtiges Unternehmen den Wettbewerb in einem ganzen Wirtschaftszweig zumindest erheblich zu beeinträchtigen vermag, gilt die Norm, wonach es auch unbeabsichtigte machtunterbaute Einwirkungen auf den Marktprozess zu vermeiden hat, doch nur unter der weiteren Voraussetzung, dass der Wettbewerb «in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise» ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt würde. Eine auf einen solchen Sachverhalt gerichtete verwaltungsrechtliche Klage ist bis anhin noch nie erhoben worden; das Bundesgericht hat daher auch noch nie zum Begriff des «Gesamtinteresses» im Sinne von Art. 22 KG Stellung nehmen müssen. Dagegen fasst die Kartellkommission ihren Auftrag im Rahmen der Sonderuntersuchungen nach Art. 20 KG so auf [36], dass ihren Berichten Anhaltspunkte dafür zu entnehmen sind, was unter «Gesamtinteresse» zu verstehen ist [37]: Sie untersucht die «Auswirkungen» von Kartellen oder ähnlichen Organisationen auf bestimmte Wirtschaftszweige oder Berufe und nennt Gesichtspunkte des Gemeinwohls, die unter Umständen dafür sprechen, dass Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, obschon volkswirtschaftlich oder sozial negativ zu beurteilen [38], mit dem Gesamtinteresse vereinbar sind.

Es mag im einzelnen Fall gelingen, alle mit dessen speziellen Umständen zusammenhängenden «obersten Ziele des Gemeinwesens» [39] zusammenzutragen und miteinander abzuwägen, auf diesem Weg eine für den konkreten Sachverhalt massgebende Synthese des «Gesamtinteresses» zu finden, welche insbesondere die Interessen der Konsumenten miteinbezieht [40], und schliesslich zu entscheiden, ob mit diesem «Gesamtinteresse» ein Marktprozess zu «vereinbaren»

[35] Vgl. dazu MATILE, 171 f.

[36] Vgl. dazu vorn Anm. 30.

[37] Das gilt teilweise auch für die allgemeinen «Erhebungen» (Art. 18 KG) und die Gutachten (Art. 19 KG).

[38] Dieses Urteil beruht auf einer Abwägung positiver und negativer Aspekte in Anwendung der «Saldotheorie»; dazu Kartell und Wettbewerb in der Schweiz (vorn Anm. 15), 29; DESCHENAUX, La notion d'effets nuisibles des cartels et organisations analogues, in: Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève Nr. 24, Genève 1968, 79 ff., 88 ff.; SIEBER (vorn Anm. 29), 48 ff.; SCHÜRMANN (vorn Anm. 4), 85; SCHLUEP, Schweizerische Wettbewerbspolitik, 124 ff.; VKK *1975* 301 (Tierarzneimittel).

[39] So SCHLUEP, ZSR *1973* II (vorn Anm. 5) 546.

[40] Vgl. Art. 22 KG, dazu SCHÜRMANN, Kommentar, 171.

ist[41], in welchem sich der besondere Einfluss marktmächtiger Unternehmen auswirkt.

Aus den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des KG ergibt sich aber bei dieser Sachlage ersichtlich keine allgemeinverbindliche Norm des Marktprozesses. Sie modifizieren nur unwesentlich, was schon aus Art. 4 und 5 KG abzuleiten war und folgendermassen zusammengefasst werden kann: Die Bestimmung der Tauschrelationen und die Verteilung der Güter hat sich aufgrund der Handlungen von Unternehmen zu ergeben, die in der Verfolgung ihrer Pläne nicht gezielt (unter gewissen Voraussetzungen: überhaupt nicht) gestört werden, sofern nicht die Umstände des Einzelfalles unter Einbezug von Gesichtspunkten des Gemeinwohles[42] eine bewusste Einflussnahme marktmächtiger Unternehmen auf andere Unternehmen rechtfertigen.

3.3. Marktergebnisse

Tatbestandsmässige Voraussetzung zur Beurteilung des Verhaltens marktmächtiger Unternehmen anhand der privatrechtlichen Bestimmungen des KG ist das Vorliegen einer «Vorkehr», einer gezielten Behinderungshandlung, die andere Wettbewerber und mithin den Marktprozess (übermässig) beeinflusst. Es ist folglich müssig, das Verhalten an den Marktergebnissen messen zu wollen, weil ein korrigierender Eingriff auf jeden Fall vom Nachweis einer (allenfalls die unerwünschten Ergebnisse bewirkenden) Behinderung abhängt. Die Eigenart der in Art. 4 und 5 KG getroffenen Regelung, die nur gezielte Behinderungen untersagt, und damit am Handlungsmuster, nicht an der Handlungswirkung ansetzt, bringt es darüberhinaus mit sich, dass für das Verhalten marktmächtiger Unternehmen normative Marktergebnisse (als Konkretisierung der an sich auch dem KG eigenen Absicht, den Wettbewerb auch in der Dimension der Koordinationsergebnisse grundsätzlich zu sichern) nicht zu erkennen sind: Ein Marktprozess, der nur frei von gezielten Behinderungen sein muss[1], verläuft ja nicht in einer Weise, die bestimmte Marktergebnisse erwarten lässt.

Marktergebnisse kennt die aus Art. 4 KG abzuleitende Referenzsituation mithin nicht als selbständige Norm, sondern höchstens derweise, dass sie nicht

[41] «Mit dem Gesamtinteresse vereinbar» ist nach SCHLUEP, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 598f., auszulegen als «... im Blick auf das Gemeinwohl besser ... als Wettbewerbskoordination». Aufgrund seiner jüngsten Erwägungen (zu Art. 5 KG) scheint es fraglich, ob das Bundesgericht sich dieser wettbewerbsfreundlichen Interpretation anschliessen würde; vgl. vorn Anm. 18.

[42] Nach Art. 5 KG – gemäss bundesgerichtlicher Praxis, vgl. vorn Anm. 18 – wie nach Art. 22 müssen machtunterbaute Eingriffe in den Marktprozess mit dem Gesamtinteresse zumindest vereinbar sein. Es kann mithin, soweit es jedenfalls um die Frage des zulässigen Verhaltens marktmächtiger Unternehmen geht, nicht nach Art. 5 KG erlaubt sein, was nach Art. 22 zu verbieten wäre; a. M. MICHELI (vorn Anm. 17), 32f. Vgl. dazu auch SCHLUEP, Rule of Reason, 72f.

[1] Vgl. vorn 3.2.

die Folge unzulässiger Marktprozesse sein dürfen – von Marktprozessen, deren Unzulässigkeit jedoch nicht generell umschrieben werden kann, sondern, wie aus Art. 5 KG folgt, letztlich von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängt.

Ein im wesentlichen gleiches Bild ergibt sich aufgrund von Art. 22 KG als der entscheidenden Bestimmung des verwaltungsrechtlichen Teiles des Gesetzes. «Ausschluss oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbes in einem Wirtschaftszweig oder Beruf» ist nicht (im Minimum) «erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs» schlechthin, was eine Beurteilung anhand von Marktergebnissen nicht ausschliessen würde. Vielmehr bezeichnet die im Gesetz genannte Voraussetzung für die verwaltungsrechtliche Klage jenen Zustand, bei dem in mehreren relevanten Märkten des gleichen Wirtschaftszweiges Dritte in der Verfolgung ihrer Pläne gestört werden[2], bezieht sich mit anderen Worten ausschliesslich auf den Marktprozess.

Mithin sind auch für den – selten vorkommenden – Fall, dass ein marktmächtiges Unternehmen den Wettbewerb in einem ganzen Wirtschaftszweig erheblich zu beeinträchtigen vermag, dem KG keine Marktergebnisse als selbständiger Massstab des zweckgerechten Verhaltens zu entnehmen. Der Gesetzgeber hat daran festgehalten, auch unter diesen Umständen nur (doch immerhin alle) Behinderungshandlungen zu erfassen, also die Auswirkungen machtunterbauter Einflussnahme auf den Wettbewerb allein unter dem Gesichtspunkt des von Behinderungen freien Marktprozesses zu werten und allenfalls gerichtlich zu beurteilen[3]. Infolgedessen gilt auch im Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Teiles des KG, dass jenes Verhalten marktmächtiger Unternehmen zweckgerecht ist, das zu Marktergebnissen führt, welche die Folge zulässiger Marktprozesse sind, welche mit anderen Worten ohne mit dem Gesamtinteresse unvereinbare Behinderungen Dritter zustande gekommen sind[4].

3.4. Einzelfallentscheide statt Referenzsituation

Dem KG sind keine Marktergebnisnormen zu entnehmen, nach welchen marktmächtige Unternehmen ihr Verhalten ausrichten könnten. Dass mithin «Ausbeutungshandlungen» als solche[1] nicht als «missbräuchlich» erfasst wer-

[2] Vgl. vorn 3.2.
[3] Vgl. *Botschaft KG*, 565 f.
[4] Vgl. vorn 3.2.

[1] Die «Behinderung» eines Unternehmens im Wettbewerb mit seinen Konkurrenten kann allenfalls die Folge des Verhaltens eines marktmächtigen Unternehmens vor- oder nachgelagerter Stufe sein, das unter dem Gesichtspunkt wettbewerbsgerechter Tauschbedingungen zugleich als «Ausbeutung» erscheint.

den[2], ist auf die im Ansatz systemtheoretische Konzeption[3] des auf kartellistische Marktstrukturen ausgerichteten, beim Auftreten marktmächtiger Unternehmen versagenden «Möglichen Wettbewerbs» zurückzuführen: Die «Spielregel» des Verbotes gezielter Behinderungen garantiert unter diesen Umständen nicht mehr die Teilnahme anderer Wettbewerbswilliger am Marktprozess und kann folglich nicht die Funktionsfähigkeit des (seiner guten Eigenschaften wegen erwünschten, doch nicht an den Ergebnissen zu messenden) Wettbewerbs sichern, macht nicht «Ausbeutung» von vornherein unmöglich[4].

Dass die Bestimmung der Tauschbedingungen und die Verteilung der Güter sich aus den Handlungen von Unternehmen ergeben sollen, die nicht gezielt in der Verfolgung ihrer Pläne gestört werden, ist als Norm für den Marktprozess auch von marktmächtigen Unternehmen zu beachten, verhindert aber nicht, dass der Marktprozess durch die Nebenwirkungen machtunterbauter Handlungsweisen beeinflusst wird. Doch selbst von dieser Norm darf abgewichen werden, wann immer ein «überwiegendes schutzwürdiges Interesse» dies rechtfertigt und die bewusste Einflussnahme marktmächtiger Unternehmen auf den Marktprozess mit dem «Gesamtinteresse» zumindest vereinbar ist. Hier liegt nicht eine «massstabgebundene» Regelung des Wettbewerbs vor[5]; «schutzwürdige Interessen» und «Gesamtinteressen» sind nicht einmal Begriffe, welchen eine auf die Wirtschaftsverfassung als Ganzes[6] abgestützte Auslegung einen konkreten Inhalt geben kann[7], sondern Formeln, die den Entscheid über den «richtigen» Marktprozess bewusst von einer Würdigung der Umstände des einzelnen Falles abhängig machen[8].

[2] Anders DROLSHAMMER, 139ff.; nach sorgfältiger Darstellung der Entstehungsgeschichte des KG hält er fest (146): «..., dass es, was die sachgemässe Präzisierung und Differenzierung der Umschreibungsweise der Eingriffsvoraussetzungen im Normierungsbereich marktmächtiger Unternehmen anbelangt, zumindest dem Wortlaut nach beim kartellbezogen formulierten Prokrustesbett der ‚gesamtinteressewidrigen Behinderung oder Ausschluss des Wettbewerbes in einem Wirtschaftszweig oder Beruf' blieb (KG Art. 22). In der Auseinandersetzung um die Streichung des allgemeinen Missbrauchstatbestandes sind Unterschiede bewusst geworden. Sie schlagen sich zumindest darin nieder, dass die dem Prinzip des ‚möglichen Wettbewerbes' nachgebildete Umschreibung der Eingriffsvoraussetzungen den Einbezug von Marktverhalten marktmächtiger Unternehmen, die nicht in den Ordnungsbereich des ‚möglichen Wettbewerbs' fallen, nicht entgegensteht.»
Wie im Kontext dagegen STOHLER, Vom möglichen zum tatsächlichen Wettbewerb, WuR *1968* 84ff., 89.

[3] Vgl. vorn, 3. Kap., 2.2.2.

[4] Zur Schwierigkeit, Probleme der Marktmacht mit der Konzeption des «Möglichen Wettbewerbs» in den Griff zu bekommen, vgl. DROLSHAMMER, 101ff.

[5] So aber BAUR, 36ff., und, zumindest für den Anwendungsbereich der privatrechtlichen Bestimmungen des KG, DROLSHAMMER, 48ff.

[6] Vgl. dazu vorn, 3. Kap., 3.1.1.3.

[7] Im KG sind teilweise nur jene Fragen wiederholt, die schon in der Verfassungsgrundlage des Gesetzes offengeblieben sind; so KOLLER, Die Konzeption des möglichen Wettbewerbs – Auslegungshilfe des Kartellgesetzes?, WuR *1970* 149ff.

[8] «Schutzwürdiges Interesse» und «Gesamtinteresse» sind wohl «justiziable» Begriffe, vgl. HOMBURGER, 156; entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang, dass das marktmächtige Unternehmen den politischen Entscheid, den sie dem Richter aufnötigen (HOMBURGER, 155; SCHLUEP, Schweizerische Wettbewerbspolitik, 123), nicht selber treffen kann.

Wettbewerb ist unter diesen Umständen im KG nicht als «Institution» verankert[9]; ob aus der im Ansatz systemtheoretischen Wettbewerbskonzeption durch die Bindung an das «Gesamtinteresse» eine instrumentale[10] geworden ist[11], muss ebenfalls bezweifelt werden: Es bleibt dabei, dass Marktergebnisse für die Verhaltenskontrolle marktmächtiger Unternehmen weder relevant sind[12] noch von diesen als Richtlinie überhaupt erkannt werden könnten. Die Einbrüche in das Prinzip des «Möglichen Wettbewerbs»[13] haben vielmehr nur zur Folge, dass auch der Marktprozess als Verhaltensnorm wegfällt.

Eine wettbewerbspolitische Referenzsituation fehlt im KG offensichtlich. Es gibt weder vom Marktprozess noch von den Marktergebnissen modellmässige Vorstellungen, an welchen das Verhalten marktmächtiger Unternehmen zu messen ist. Deren Handlungen, soweit es «Behinderungen» Dritter sind, unterliegen zwar behördlicher und gerichtlicher Kontrolle; über ihre Zulässigkeit entscheiden jedoch die vom marktmächtigen Unternehmen nicht abschätzbaren Umstände des Einzelfalles, nicht der Vergleich mit erkennbar zweckgerechten Verhaltensweisen. Die Frage nach dem zweckgerechten Verhalten ist ersichtlich nicht geeignet, den auf das KG bezogenen Missbrauchsbegriff zu erhellen.

4. EWG-Vertrag

4.1. Ausgangslage

Die Sicherung des von den Vertragsstaaten des EWGV gewählten wirtschaftlichen Koordinationssystems vor unerwünschten Einwirkungen der Macht privater und im Prinzip auch öffentlicher[1] Unternehmen geschieht durch unterschiedliche Regelungssysteme, je nachdem, ob es sich dabei um kartellistisch verbundene oder um marktmächtige Einzelunternehmen handelt. In jenem Fall wird grundsätzlich an der Marktstruktur angesetzt, indem «wettbewerbsbehindernde Vereinbarungen» verboten werden (Art. 85 I EWGV); in diesem Fall unterliegt das Verhalten der Unternehmen in «beherrschender Stellung» einer

[9] So MERZ, Kartellgesetz, 95 ff., unter Hinweis auf Thesen HOPPMANNS; a. M. DESCHENAUX, La notion d'effets nuisibles des cartels et organisations analogues, in: Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, Nr. 24, Genève 1968, 79 ff., 86; *ders.*, A propos de l'ouvrage «Das schweizerische Kartellgesetz», ZSR *1968* I 73 ff., 107 f.

[10] Vgl. vorn, 3. Kap., 2.2.2.

[11] So SCHLUEP, Schweizerische Wettbewerbspolitik, 122 f.; ähnlich HOMBURGER, Zur Funktion des Kartellrechts in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung, WuR *1976* 333 ff., 343.

[12] Vgl. dazu SCHÜRMANN, Fragen aus der Praxis des Kartellrechts, WuR *1968* 1 ff., 8.

[13] Vgl. SCHLUEP, Schweizerische Wettbewerbspolitik, 121 f.

[1] Vgl. Art. 90 EWGV.

Missbrauchsaufsicht (Art. 86 EWGV)[2]. Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung liegt jedoch nur in der faktischen Unmöglichkeit, das an der Marktstruktur ansetzende Regelungssystem (umfassend) auf marktmächtige Unternehmen anzuwenden[3], und nicht in einer prinzipiell verschiedenen Bewertung der einzelnen Formen von Marktmacht.

Die folgenden Ausführungen befassen sich einzig mit dem Begriff der «missbräuchlichen Ausnutzung» als dem Kern von Art. 86 EWGV und versuchen eine Konkretisierung durch die Darstellung des zweckgerechten Verhaltens marktmächtiger Unternehmen anhand der wettbewerbspolitischen Referenzsituation; andere interpretationsbedürftige Elemente von Art. 86 EWGV können dagegen hier nur eben gestreift werden. Das gilt zunächst für die Adressaten des Missbrauchsverbotes, für die «Unternehmen», worunter Wirtschaftseinheiten unter zentraler Leitung und mit der Möglichkeit zu selbständigem Handeln verstanden werden sollen[4]. Es gilt sodann für die Umschreibung der Marktmacht als «beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben», welche, so die Europäische Kommission, vorliegt, wenn «... Unternehmen Möglichkeiten zu unabhängigen Verhaltensweisen haben, die sie in die Lage versetzen, ohne besondere Rücksicht auf Wettbewerber, Abnehmer oder Lieferanten zu handeln»[5].

Schliesslich muss auch zur sogenannten Zwischenstaatlichkeitsklausel – «soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen» – ein Hinweis auf die herrschende Meinung genügen. Das Wort

[2] Art. 86 EWGV: Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;

b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;

c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

[3] Vgl. vorn, 3. Kap., 3.1.3.

[4] Vgl. Nymphius, Der Begriff der marktbeherrschenden Unternehmung nach Artikel 86 EWG-Vertrag, Diss. Fribourg 1963, 170; Mach, L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence, Genève 1974, 233: «unité de gestion dotée d'un pouvoir suffisant pour permettre un comportement autonome à un moment donnée sur un certain marché»; für diese «unité de gestion» muss freilich eine übergeordnete Einheit einstehen, wenn sie selber nicht zugleich juristische Person ist, vgl. Mach, 205ff. Vgl. ferner Mach, 104f., und Mestmäcker, Europ. Wettbewerbsrecht, 386f., zum Fall, da «mehrere Unternehmen» gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, was insbesondere bei einem ausnahmsweise freigestellten Kartell (Art. 85 III EWGV) vorkommen mag.

[5] *1. Wettbewerbsbericht*, 88; vgl. ferner Mestmäcker, Europ. Wettbewerbsrecht, 372ff.; Kreutz, 56ff.

«Handel» meint nicht nur den Warenhandel, sondern den gesamten Wirtschaftsverkehr, so dass Art. 86 EWGV auch auf den Verkehr mit Dienstleistungen anwendbar ist[6]. Dieser Verkehr ist «beeinträchtigt», wenn er anders abläuft, als es ohne die (möglicherweise) missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung der Fall wäre; er muss mithin nicht negativ, sondern kann, wie aus dem französischen Wortlaut des Vertragstextes («affecter») abgeleitet worden ist, irgendwie beeinflusst sein[7]. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel nennt damit die Voraussetzung, unter welcher ein Sachverhalt der Beurteilung nach Art. 86 EWGV unterliegt, und gilt daher als Abgrenzungsnorm zwischen den Geltungsbereichen nationalen und gemeinschaftlichen Kartellrechts[8].

Eingesetzt hat «... die Phase der tatsächlichen Anwendung von Artikel 86 des EWG-Vertrages ...» im Jahre 1971[9] mit zwei Entscheidungen der Kommission[10], von welchen jene in Sachen Continental Can zu einem Urteil des Gerichtshofes[11] geführt hat, auf welches hier vorweg kurz einzugehen ist. Obschon ein leading case gemeinschaftlicher Wettbewerbspolitik vorliegt, geht es nämlich um einen Sachverhalt und mithin um eine Anwendung von Art. 86 EWGV, die mit der dieser Arbeit zugrunde liegenden Problemstellung in den Hauptzügen wenig zu tun haben[12] und daher in der Folge ausgeklammert werden müssen.

Der betroffenen Unternehmensgruppe (wirtschaftlich und im Sinne von Art. 86 EWGV eine einheitliche Unternehmung) ist bekanntlich als missbräuchliche Ausnutzung ihrer beherrschenden Stellung vorgeworfen worden, dass sie diese Stellung durch die Übernahme eines Konkurrenzunternehmens verstärkt habe. Kommission und grundsätzlich auch Gerichtshof[13] haben also ein Unternehmen wegen einer Handlung zur Rechenschaft gezogen, die Marktprozess oder Marktergebnisse in einem relevanten Markt zwar möglicherweise indirekt beeinflusst (nämlich die strukturellen Voraussetzungen des Wettbewerbs verschlechtert), jedoch weder bezüglich ihrer Vornahme noch bezüglich ihrer negativen Auswirkungen vom besonderen Handlungsspielraum eines marktmächti-

6 Vgl. MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 116; SPENGLER, N 30.

7 MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 188ff.; PIRIOU, Refus de vente et abus de position dominante: L'arrêt ICI et CSC, CDE *1975* 93ff., 110; OMMELSLAGHE, Les articles 85 et 86 du traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de justice et les décisions de la Commission, CDE *1973* 442; SCHLUEP, Die kartellrechtlichen Aspekte des Alleinvertriebsvertrages, SJZ *1975* 273ff., 278f. Ferner EuGH 6, 7 73 (Commercial Solvents), Slg. *1974* 253f.; EuGH 71/74 (Frubo), Slg. *1975* 584.

8 MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 114ff.; SCHLUEP (vorn Anm. 7), 277; BALDI, 147, 170ff. Weil gemeinschaftliches und nationales Kartellrecht den gleichen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten und Wertungen erfassen, sind sie allenfalls parallel anzuwenden.

9 *1. Wettbewerbsbericht*, 82.

10 ABl *1971* L 134 (GEMA) und ABl *1972* L 7 (Continental Can).

11 EuGH 6/72 (Europemballage), Slg. *1973* 215ff.

12 Vgl. dazu auch VOGELENZANG, 66ff.

13 Die vom betroffenen Unternehmen erhobene Klage gegen die Kommission ist nur gutgeheissen worden, weil diese in ihrer Entscheidung den Sachverhalt ungenügend abgeklärt hatte.

gen Unternehmens abhängt[14]. Zwischen negativer Auswirkung und beherrschender Stellung braucht nach den Erwägungen des Gerichtshofes kein Kausalzusammenhang zu bestehen[15]; die beherrschende Stellung ist vielmehr einzig Voraussetzung dafür, dass ein Sachverhalt nach Art. 86 EWGV überprüft werden kann, der – mit gleichen Folgen – auch ohne Marktmacht, ja ohne dass ein Unternehmen je am betreffenden Markt in Erscheinung getreten ist, verwirklicht werden kann[16].

Ob diese Anwendung von Art. 86 EWGV auf die Formel «missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung» abgestützt werden kann, soll hier offenbleiben[17]. In ihrem 1. Wettbewerbsbericht unterscheidet die Kommission selber bei der Anwendung von Art. 86 EWGV zwischen der «Kontrolle eines missbräuchlichen Marktverhaltens» und der «Beschränkung der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher durch Zusammenschlüsse, durch die ein marktbeherrschendes Unternehmen den Wettbewerb ausschaltet»[18]. Der Begriff des «Marktverhaltens» bleibt dabei allerdings undeutlich; im Anschluss an frühere Überlegungen[19] soll hier darunter jedes Verhalten – ungeachtet der äusseren Erscheinung der Handlung[20] oder der subjektiven Absichten der Unternehmen[21] – verstanden werden, welches auf Marktprozess oder Marktergebnisse einwirkt, soweit für diese Einwirkung die (qualifizierte) Marktmacht eines Unternehmens kausal ist[22]. Die folgenden Ausführungen befassen sich nur mit solchen Sachverhalten, weil nur bei ihnen die Inanspruchnahme von Marktmacht als eines besonderen Handlungsspielraumes vorliegt, deren Zulässigkeit an der wettbewerbspolitischen Referenzsituation zu messen ist.

[14] Vgl. vorn 3. Kap., 2.3.1. und 4.1.1.

[15] EuGH 6/72 (Europemballage), Slg. *1973* 246.

[16] Die wegen der Voraussetzung einer (vorbestehenden) beherrschenden Stellung auf dem betroffenen Markt nur zufällig wirksame Zusammenschlusskontrolle aufgrund von Art. 86 EWGV soll denn auch ergänzt werden; vgl. Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl *1973* C 92.

[17] Zum Stand der Meinungen vgl. MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 412ff.; HOLSTEIN, D., Wettbewerbsbeschränkung und beherrschende Stellung von Unternehmen im EWG-Vertrag, Diss. St. Gallen 1972, 55ff.

[18] *1. Wettbewerbsbericht*, 82.

[19] Vorn, 3. Kap., 4.1.1.

[20] Vgl. MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 388.

[21] Vgl. KREUTZ, 7f. Die Schuldfrage ist allenfalls für eine mögliche Sanktion von Bedeutung; vgl. VO Nr. 17 (Rat), ABl 21.2.62, Art. 15. Abweichend DE RICHEMONT, Artikel 86 EWG-Vertrag und Fusionskontrolle, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1975, 41ff., 59f.

[22] A. M. MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 413: «Es kann jedoch nicht fraglich sein, dass die Herbeiführung eines Zusammenschlusses Marktverhalten ist.»

4.2. Marktprozess

Die in den Art. 85 ff. EWGV statuierten «Wettbewerbsregeln» und die sich darauf stützenden Eingriffsbefugnisse gemeinschaftlicher und nationaler Behörden gehören zu den Massnahmen im Rahmen der in Art. 3 f. EWGV genannten «Tätigkeit», ein «System» zu errichten, «... das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt». Für das Kartellverbot folgt die Ausrichtung auf das Prinzip des «Unverfälschten Wettbewerbs» direkt aus dem Wortlaut von Art. 85 EWGV, welcher alle Vereinbarungen verbietet, die «... eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs... bezwecken oder bewirken...» [1]. In Art. 86 EWGV fehlt diese ausdrückliche Bezugnahme auf den «Unverfälschten Wettbewerb» als das grundlegende Koordinationsprinzip für den wirtschaftlichen Verkehr in der Gemeinschaft [2], doch haben die Urteile des Gerichtshofes die in der Literatur überwiegende Ansicht bestätigt, dass das «Missbräuchliche» bei der Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in der «Verfälschung» des Wettbewerbes zu sehen ist [3].

«Unverfälschter Wettbewerb» ist mithin der zentrale Begriff der wettbewerbspolitischen Referenzsituation und bezeichnet jene Koordinationsordnung, welche den in Art. 2 EWGV genannten «Aufgaben der Gemeinschaft» unter den gegebenen politischen Verhältnissen am besten gerecht wird [4]. Es handelt sich um eine Form «funktionsfähigen Wettbewerbs» [5] als eines seiner spezifischen Ergebnisse wegen von den vertragschliessenden Staaten gewählten Systems. Kartellverbot und Bemühungen um eine Fusionskontrolle [6] zeigen, dass nach den dem EWGV zugrunde liegenden wettbewerbstheoretischen Vorstellungen die Funktionsfähigkeitdes Wettbewerbes (auch) durch strukturelle Eingriffe zu sichern ist. Dagegen lässt der Begriff der «Verfälschung» des Wett-

[1] Zum Begriff der «Verfälschung» vgl. KREUTZ, 75 ff.

[2] Vgl. SCHERER, 99; SCHLIEDER, Die Anwendung von Artikel 86 des EWG-Vertrages – Zusammenschlüsse und Verordnungsentwurf der Kommission zur Konzentrationskontrolle, BIF Seminar, Brüssel, April 1975, (verf.) 3; MAILÄNDER, Einführung zur Wettbewerbsordnung in der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten, in: MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 3. A., Köln/Berlin/Bonn/München 1972, 143 ff., 144 ff.; IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, 565 ff.; EVERLING, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Ludwig Raiser, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Tübingen 1974, 379 ff., 394 ff.

[3] Vgl. LANGEN, 37, 55 ff.; SPENGLER, N 48; KREUTZ, 28 f., 64 f.; MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 34, 350, 387 f.; SCHLIEDER (vorn Anm. 2), 1 ff.; EuGH 6, 7/73 (Commercial Solvents), Slg. *1974* 254; EuGH 6/72 (Europemballage), Slg. *1973* 244 f. Anders beispielsweise BURKI, 136 ff.

[4] Vgl. den Hinweis bei STREISSLER, Macht und Freiheit in der Sicht des Liberalismus, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 74, II, Berlin 1973, 1391 ff., 1410, Anm. 81, auf eine Feststellung v. Simsons: Wettbewerb als liberales Prinzip ist der geeignete Einigungsmodus unter Misstrauischen, die sich über wirtschaftliche Plandaten nicht verständigen könnten.

[5] Vgl. MARKERT, 213; KREUTZ, 46.

[6] Vgl. den vorausgehenden Abschnitt.

bewerbes an sich offen, ob die Referenzsituation auch eine Norm für den Marktprozess enthält.

Den einzigen Hinweis hierauf geben die in Art. 86 II EWGV erwähnten Beispiele missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht: Insoweit Verhaltensweisen genannt (und verboten) sind, weil sie eine Behinderung dritter Unternehmen zur Folge haben, kann abgeleitet werden, dass auch der Marktprozess ein Kriterium für die Unverfälschtheit des Wettbewerbs ist[7]. Die in Art. 86 II EWGV aufgeführten klassischen Fälle machtunterbauten Handelns – unangemessene Geschäftsbedingungen, Einschränkung der Leistungen zum Schaden der Verbraucher, Diskriminierung, «tying clauses» – lassen sich nicht alle eindeutig nach «Behinderung» und «Ausbeutung» trennen, sondern sind vielmehr oft beides zugleich oder bald das eine, bald das andere, je nach dem Gesichtspunkt, unter welchem sie betrachtet werden.

Auch wenn die genannten Beispiele nicht ausdrücklich die Behinderung von Konkurrenten eines marktmächtigen Unternehmens anführen, sondern nur, so Art. 86 II c) EWGV, jene von vor- oder nachgelagerten «... Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden», so ist doch ersichtlich, dass auch der Aspekt der «Behinderung» eine Rolle spielt, dass der Wettbewerb im Sinne des EWGV nur dann «unverfälscht» ist, wenn die Bestimmung der Tauschbedingungen durch Handlungen von Unternehmen erfolgt, die nicht dem zu grossen Einfluss marktmächtiger Unternehmen ausgesetzt sind[8]. Die Störung dieses Marktprozesses ist denn auch in Entscheiden der Kommission und Urteilen des Gerichtshofes als zweckwidriges Verhalten marktmächtiger Unternehmen hervorgehoben worden[9].

[7] Es kann im vorliegenden Zusammenhang offenbleiben, ob das Verbot von Behinderungen auch durch den Schutz der individuellen Handlungsfreiheit der Unternehmen motiviert ist, weil dieser Schutz, wie man der Praxis zu Art. 85 EWGV entnehmen kann, jedenfalls erst einsetzen würde, wo eine Behinderung den Marktprozess «spürbar» beeinflusst; vgl. dazu KREUTZ, 34 ff.; MESTMÄKKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 574 ff.; BALDI, 223 ff.; SCHLUEP, Die kartellrechtlichen Aspekte des Alleinvertriebsvertrages, SJZ *1975* 273 ff., 279.

[8] Anders JOLIET, La conception d'un contrôle des abus de positions dominantes dans le Marché Commun et dans les Etats Membres, BIF Seminar, Brüssel, April 1975 (verf.), 6 f., und Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWG-Vertrag, EuR *1973* 97 ff., 114 ff., der aus den Beispielen in Art. 86 II EWGV ableitet, dass nur «Ausbeutungsmissbrauch» erfasst werde. Gleich CEREXHE, L'interprétation de l'article 86 du traité de Rome et les premières décisions de la Commission, CDE *1972* 272 ff., 294 ff.

[9] Vgl. ABl *1976* L 95 (United Brands), 13 f.; dazu *5. Wettbewerbsbericht*, 70 ff. Bulletin der EG, Nr. 6/76, 28 f. (Roche, Vitamin). EuGH 40 e. a./73 (Suiker Unie), Slg. *1975* 2018 ff.; dazu *5. Wettbewerbsbericht*, 32. EuGH 6, 7/73 (Commercial Solvents), Slg. *1974* 252. Vgl. auch VOGELENZANG, 64 f.

4.3. Marktergebnisse

«Missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung» ist «Verfälschung» des Wettbewerbs [1], und damit, weil Wettbewerb das seiner typischen Ergebnisse wegen gewählte Koordinationssystem ist, letztlich «Verfälschung» der Wettbewerbsfunktionen. Diese Funktionen bilden mit anderen Worten die Marktergebnisnorm der wettbewerbspolitischen Referenzsituation des EWGV, die über die Zulässigkeit des Verhaltens marktmächtiger Unternehmen entscheidet.

Die Wettbewerbsfunktionen als die positiven und daher erwünschten Ergebnisse des Wettbewerbs sind nicht quantifizierbar, sondern bezeichnen qualitative Eigenschaften der durch dieses Koordinationssystem gesteuerten Güterverteilung. Zumindest in einer kürzerfristigen und auf einen bestimmten relevanten Markt gerichteten Betrachtung zeigt sich, dass nicht alle Funktionen gleichzeitig in gleichem Ausmass erfüllt werden. Dies hängt damit zusammen, dass je nach den Gegebenheiten eines konkreten Marktes – Marktstruktur und Marktphase – die Unternehmen unterschiedliche Wettbewerbsparameter bevorzugt einsetzen [2].

Eine verbindliche und für die Referenzsituation normative Gewichtung der einzelnen Funktionen ist jedoch nicht erkennbar. Zwar weist Art 85 III EWGV, der die Bedingungen ausnahmsweiser Freistellung kartellistischer Vereinbarungen nennt, dass sie nämlich «... unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschrittes beitragen ...», auf erwünschte Koordinationsergebnisse hin und wäre insoweit auch im Rahmen von Art. 86 EWGV zu beachten [3]. Doch selbst unter der doppelten Voraussetzung, dass diese Bestimmung nicht nur «... als wettbewerbstheoretische Korrektur- oder Wiedererwägungsmöglichkeit für die vom EWG-Kartellverbot nach weitgehend formellen Gesichtspunkten ins Recht gefassten Absprachen fungiert» [4], sondern, soweit dies ohne «... den Wettbewerb auszuschalten» (Art. 85 III b) möglich ist, auch wirtschaftspolitisch motivierte Eingriffe zur bevorzugten Förderung bestimmter Ergebnisse erlaubt [5], und dass ihr

[1] Vgl. den letzten Abschnitt.

[2] Vgl. vorn, 3. Kap., 2.2.2.; Kreutz, 90.

[3] Vgl. Mestmäcker, Europ. Wettbewerbsrecht, 356f. Aus Art. 85 III EWGV gewonnene Argumente können freilich nur indirekt auf Art. 86 angewendet werden: «Vom Missbrauchsverbot kann nicht freigestellt werden. Denn Missbrauch kann nicht erlaubnisfähig sein»; so wörtlich Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, 632.

[4] So Baldi, 451.

[5] Zur Bedeutung von Art. 85 III EWGV ausführlich, mit Nachweis von Lehrmeinungen und Freistellungspraxis, Baldi, zusammenfassend 451 ff.; ferner Markert, 231; Haymann, Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts, Diss. Zürich 1974, 34ff.; Mestmäcker, Europ.

einzelne bevorzugte Wettbewerbsfunktionen tatsächlich zu entnehmen sind[6], ist festzuhalten: Es ist nach den Wettbewerbsregeln des EWGV allenfalls möglich, die Marktstrukturen derart zu beeinflussen, dass die Realisierung einzelner Wettbewerbsfunktionen besonders wahrscheinlich wird, doch sind diese nie die automatische Folge solcher Marktstrukturen[7] noch ausdrücklich als die einzig massgebenden Kriterien unverfälschten Wettbewerbs angeführt.

Ähnliche Überlegungen gelten auch für die wettbewerbspolitischen Aspekte der Industriepolitik der EWG. Man erkennt in dieser die Absicht, die Konzentration der Unternehmen in einigen Wirtschaftszweigen dergestalt zu beeinflussen, dass der Wettbewerb zwischen relativ wenigen Einheiten insbesondere Fortschritte in den Spitzentechnologien erbringe[8]. Es ist im vorliegenden Zusammenhang nicht auf die gesellschaftspolitisch wie wettbewerbstheoretisch motivierte Kritik an diesen am Modell des obligopolistischen Wettbewerbs orientierten Vorstellungen einzugehen[9], sondern einzig zu wiederholen, dass aus der Förderung bestimmter Marktstrukturen um spezieller Wettbewerbsfunktionen willen nicht deren ausschliessliche Geltung verbindlich abgeleitet werden kann.

Infolgedessen muss der Wettbewerb in einem konkreten Markt, an seinen Ergebnissen gemessen, als «unverfälscht» gelten, sofern diese mit den hypothetischen Ergebnissen irgendeiner der durch unterschiedliche Marktstrukturen und Marktphasen bedingten Formen funktionsfähigen Wettbewerbs übereinstimmen. Soweit das Verhalten marktmächtiger Unternehmen (auch oder ausschliesslich) als potentielle «Ausbeutungshandlung» auf seine Zulässigkeit zu überprüfen ist, hat dies folglich anhand der (nur negativ zu umschreibenden) Marktergebnisnorm zu geschehen, dass keine Wettbewerbsfunktion verletzt

Wettbewerbsrecht, 175f.; VAN GERVEN, Twelve years EEC Competition Law Revisited, CMLR *1974* 38ff., 58f.

6 Vgl. die Ausführungen bei BALDI, 286ff., und SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966, 162f.

7 Vgl. vorn, 3. Kap., 2.2.2.

8 Vgl. Die Industriepolitik der Gemeinschaft, Memorandum der Kommission an den Rat, Brüssel 1970, v.a. 157, 365ff.; Die Schaffung einer gemeinsamen industriellen Grundlage für Europa, Beilage Nr. 7/73 zum Bulletin der EG; ferner HALLSTEIN, Die Europäische Gemeinschaft, Düsseldorf/Wien 1973, 191ff.; WILLEMSEN, 150. Die Förderung gewisser Konzentrationsbewegungen soll freilich den Wettbewerb nicht ausschliessen; vgl. Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl *1973* C 92; *5. Wettbewerbsbericht*, 15; SCHLIEDER, Die Anwendung von Artikel 86 des EWG-Vertrages – Zusammenschlüsse und Verordnungsentwurf der Kommission zur Konzentrationskontrolle, BIF Seminar, Brüssel, April 1975, (verf.) 10ff.

9 Vgl. MÖLLER, Probleme einer einheitlichen Wettbewerbspolitik in der EWG, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 48, Berlin 1968, 95ff., 105ff.; ZOHLNHÖFER, Die Konzentrationspolitik in der EWG, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften d. Vereins f. Socialpolitik, NF Bd. 20/II, 2. A., Berlin 1971, 355ff., 388; MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 81ff.; ARNDT, Recht, Macht und Wirtschaft, Berlin 1968, 31ff.; LENEL, Die Rolle der Wettbewerbspolitik im Memorandum der Kommission der EG über die Industriepolitik der Gemeinschaft, WuW *1971* 831ff.; IPSEN (vorn Anm. 3), 930.

werden darf[10]. Denn im Rahmen der wettbewerbstheoretisch (das heisst ohne die Voraussetzung eines besonderen Handlungsspielraumes) möglichen Ergebniskonstellationen in einem bestimmten relevanten Markt steht es einem marktmächtigen Unternehmen frei, welche Wettbewerbsparameter es vor allem einsetzt, und ist mithin offen, welche Wettbewerbsfunktionen vorrangig erfüllt werden.

Nächstliegender Fall einer «verfälschten» Wettbewerbsfunktion ist die Störung der durch Wettbewerb erbrachten leistungsgerechten Primärverteilung der Einkommen. Die hypothetische Berechnung des angemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreises (Art. 86 II a EWGV) kann von den Preisverhältnissen in vergleichbaren, nicht unter dem Einfluss marktmächtiger Unternehmen stehenden Märkten ausgehen[11]; in anderen Fällen, so bei einem prozessualen, leistungsbedingten Monopol[12], kann sich der Vergleich definitionsgemäss nicht auf einen «Wettbewerbspreis» abstützen, sondern muss vom Gewinn nach Abzug der anrechenbaren Kosten ausgehen[13].

Die Praxis zu Art. 86 EWGV macht deutlich, dass neben der Einkommensverteilung[14] auch alle anderen Wettbewerbsfunktionen[15] zur Beantwortung der Frage heranzuziehen sind, ob sich ein Unternehmen durch machtunterbaute Verhaltensweisen wettbewerbsfremde Vorteile sichert. Als Beispiele verbotener «Ausbeutungshandlungen» nennt Art. 86 II a EWGV die Erzwingung nicht nur unangemessener Preise, sondern auch «sonstiger Geschäftsbedingungen»[16], und Art. 86 II b die «Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher»[17], womit insbesondere die Steuerungs- und Antriebsfunktionen des Wettbewerbssystems hervorgehoben werden.

[10] Vgl. dazu KREUTZ, 101. Anders SPENGLER, N 49, wonach es auf das Überwiegen der günstigen über die schädlichen Auswirkungen ankommt.

[11] Vgl. ABl *1976* L 95 (United Brands), 14ff.; auch EuGH 78/70 (Metro), Slg. *1971* 501, und EuGH 24/67 (Parke, Davis), Slg. *1968* 113.

[12] Vgl. vorn, 3. Kap., 2.2.2.

[13] Vgl. JONES, Executive's guide to antitrust in Europe, Harvard Business Review, May 1976, 106ff., 115.

[14] Vgl. ABl *1976* L 95 (United Brands), 14; dazu *5. Wettbewerbsbericht*, 73. Dieser Fall zeigt, dass die Kommission auch vor direkten Eingriffen in die Preisgestaltung nicht zurückschreckt; anders noch JOLIET, La conception d'un contrôle des abus de positions dominantes dans le Marché Commun et dans les Etats Membres, BIF Seminar, Brüssel, April 1975 (verf.), 14. Vgl. ferner EuGH 26/75 (General Motors), Slg. *1975* 1379.

[15] Vgl. dazu KREUTZ, 93ff., und vorn, 3. Kap., 2.2.1.

[16] Dazu Bulletin der EG, Nr. 4 73, 23f. (Eurofima); EuGH 127 73 (Sabam), Slg. *1974* 316f.

[17] Vgl. EuGH 40 e.a/73 (Suiker Unie), Slg. *1975* 2018ff.

4.4. Die wettbewerbspolitische Referenzsituation

Das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Art. 86 EWGV verweist auf den «Unverfälschten Wettbewerb» in Art. 3 f. EWGV und damit, so können die Ausführungen zu den Wettbewerbsregeln des EWGV zusammengefasst werden, auf solche Marktprozesse und Marktergebnisse als Elemente der wettbewerbspolitischen Referenzsituation, wie sie ohne die (qualifizierte) Marktmacht eines Unternehmens möglich sind.

Trotz oder vielleicht gerade wegen der offensichtlichen Verwandtschaft mit klassischen Wettbewerbsvorstellungen [1] kann man eine instrumentale Wettbewerbskonzeption erkennen: Wettbewerb ist nicht nur das seiner Ergebnisse wegen grundsätzlich gewählte System, auch seine Funktionsfähigkeit im einzelnen Markt wird danach beurteilt, ob die konkreten mit den erwünschten Ergebnissen übereinstimmen und der Marktprozess, der diese Ergebnisse erbringt, nicht gestört ist. Es entspricht ferner instrumentalen Vorstellungen, dass durch Beeinflussung der Marktstruktur solche Wettbewerbsfunktionen vorrangig gefördert werden sollen, deren besonderes Gewicht aus dem Gesamtzusammenhang der «Aufgaben der Gemeinschaft» (Art. 2 EWGV) abgeleitet wird [2]. Diese indirekte Einwirkung auf den Wettbewerb hat allerdings nur begrenzte Tragweite und schlägt jedenfalls nicht auf die wettbewerbspolitische Referenzsituation durch, nach welcher das Verhalten marktmächtiger Unternehmen zu beurteilen ist; vom Ausnahmebereich Landwirtschaft abgesehen, erlauben nämlich die Bestimmungen des EWGV keine direkten Eingriffe in das Verhalten marktmächtiger Unternehmen im Sinne einer Lenkung [3], mithin keinen instrumentalem Wettbewerbsverständnis an sich naheliegenden Systemwechsel in einzelnen Fällen.

Auch wenn man also das System des «Unverfälschten Wettbewerbs» und die darauf beruhenden Wettbewerbsregeln nicht als isolierte Erscheinung betrachtet, sondern als Teil einer europäischen Wirtschaftsverfassung [4], bleibt als Referenzsituation für das Verhalten marktmächtiger Unternehmen jenes Wettbe-

[1] Vgl. The Economist, 11.10.1975, 43: «The treaty of Rome, in its competition clauses, is so committed to classic capitalistic doctrine, that its authors could be accused of plagiarising Adam Smith.» Vgl. dazu vorn, 3. Kap., 3.1.1.3.

[2] Teilweise wird bestritten, dass «politische» Ziele im Rahmen des Wettbewerbs beachtet werden sollen; vgl. BALDI, 452 f.; SCHERER, 174: Soziale Bestimmungen im EWGV haben nur «informativen Charakter». Anders MARKERT, 230 ff.; CAWTHRA, Das EWG-Kartellrecht aus der Sicht Grossbritanniens, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1975, 173 ff., 174, 176; SCHLIEDER, Die Anwendung von Artikel 86 des EWG-Vertrages – Zusammenschlüsse und Verordnungsentwurf der Kommission zur Konzentrationskontrolle, BIF Seminar, Brüssel, April 1975 (verf.), 12 f.; MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 176.

[3] Vgl. MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 388.

[4] Dazu SCHERER, 201 ff.; MESTMÄCKER, Europ. Wettbewerbsrecht, 388. Vgl. auch EuGH 6/72 (Europemballage), Slg. *1973* 244 f.

werbsmodell, wonach Marktprozess und Marktergebnisse nicht von dem abweichen dürfen, was ohne die Einwirkung (qualifizierter) Marktmacht denkbar wäre. Es liegt ein Massstab vor, der generell und erkennbar eine Grenze für die zweckgerechte Inanspruchnahme des Handlungsspielraumes marktmächtiger Unternehmen setzt.

Zusammenfassende Schlussbemerkungen

Es sei kurz der Gang der Überlegungen nachgezeichnet: Ausgangspunkt war die Frage, ob das kartellrechtliche Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht als ein Fall des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbotes gedeutet werden kann. Rechtsmissbrauch, wurde festgestellt, ist die zweckwidrige Inanspruchnahme einer Berechtigung. Um eine solche vom Verbot zweckwidriger Rechtsausübung erfasste Berechtigung handelt es sich bei einer Machtstellung dann, wenn diese als Handlungsspielraum gegenüber Gleichgeordneten in einem rechtlich geregelten Beziehungsfeld zu sehen ist.

Ein derartiger Sachverhalt ist bei Marktmacht (im weiten Sinn) gegeben: Es liegt ein für das Funktionieren des Wettbewerbssystems notwendiger, in einzelnen Fällen jedoch weiterer Handlungsspielraum vor. Dabei hat man es mit einer Berechtigung zu tun, soweit Wettbewerb die rechtliche Norm der wirtschaftlichen Koordination ist. Die Ausübung dieser Berechtigung ist zweckgerecht, wenn sie nicht zu anderen Marktprozessen und Marktergebnissen führt, als der Referenzsituation der konkreten Wettbewerbsordnung entspricht.

Die Zuordnung der missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht zum Rechtsmissbrauch ist nicht so sehr wegen der damit nachgewiesenen rechtsdogmatischen Herkunft des kartellrechtlichen Begriffes von Interesse, sondern weil damit ein von den speziellen Eigenschaften konkreter Missbrauchsgesetze unabhängiger Ansatz für den Nachweis des verpönten Verhaltens gefunden ist. Die Grenzlinie zulässiger Rechtsausübung ergibt sich im Anwendungsbereich der am Missbrauchsprinzip orientierten kartellrechtlichen Kontrolle der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb aus den verhaltensbestimmenden Elementen der wettbewerbspolitischen Referenzsituation.

Abschliessend ist auf die Übertragung dieses Vorgehens auf das KG und die Wettbewerbsregeln des EWGV zurückzukommen. Ein wertender Vergleich der beiden Ordnungen ist dabei nicht beabsichtigt. Wettbewerbsregeln sind sinnvoll wohl überhaupt nur danach zu beurteilen, ob sie mit Blick auf ihre je eigenen Zielsetzungen zweckmässig sind. Es geht einzig um die Frage, ob die theoretisch entwickelten Zusammenhänge zwischen Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch bei der Rechtsverwirklichung von praktischem Nutzen sein können.

Für das Verbot der «missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung» in Art. 86 EWGV trifft dies wohl zu; die Wettbewerbsregeln des EWGV lassen eine wettbewerbspolitische Referenzsituation erkennen, anhand welcher sowohl die Unternehmen wie die mit der Kontrolle ihres Verhaltens beauftragten Instanzen zweckgerechtes von missbräuchlichem Handeln scheiden

können. Anders verhält es sich mit den Bestimmungen des KG; es ist nicht gelungen, mit Rückgriff auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot den diesem Gesetz unterstellten Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht zu konkretisieren. Aufgrund der in dieser Arbeit entwickelten Begriffe des «Rechtsmissbrauchs» und des «Missbrauchs der Marktmacht», und aufgrund der These, dass bei kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht das zweckgerechte Verhalten marktmächtiger Unternehmen anhand der jeweiligen wettbewerbspolitischen Referenzsituation zu bestimmen ist, drängt sich viel mehr folgende Schlussfolgerung auf:

Das Mass zulässiger Einflussnahme auf andere Unternehmen und damit auf den Marktprozess – Marktergebnisse fallen als selbständige Kriterien zweckgerechten Verhaltens von vornherein weg – hängt deshalb von den Umständen des Einzelfalles ab, weil es gar keine nach allgemeinverbindlichen und von den Unternehmen erkennbaren Gesichtspunkten vorgenommene Eingrenzung ihres Handlungsspielraumes gibt. Mangels einer solchen inhaltlichen Bestimmung und zugleich Begrenzung handelt es sich bei der Stellung des marktmächtigen Unternehmens – wie bei jener des allenfalls rechtmässig behinderten – nicht um eine Berechtigung, deren Ausübung dem Rechtsmissbrauchsverbot untersteht. Mit anderen Worten: Das Rechtsmissbrauchsverbot wird zu Unrecht als dogmatische Grundlage des KG in Anspruch genommen, weil es sich bei dem System der nachträglichen gerichtlichen Sanktionierung oder Untersagung von Handlungen, die marktmächtige Unternehmen im eigenen, aber unter Berufung auf das öffentliche Interesse vornehmen, nicht um Missbrauchsaufsicht handelt.